

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/38041>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Deel III: Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?

178

Prof. mr. J.W. van de Gronden¹

I. Inleiding

De problematiek van de diensten van algemeen economisch belang hangt nauw samen met het meer algemene thema van de spanning tussen de interne markt en het algemeen belang. Het Europese integratieproject is (nog steeds) voor een belangrijk gedeelte gebaseerd op markt-integratie. Hierdoor neemt liberalisering van markten in de EU een prominente plaats in. Het algemeen belang wordt in veel sectoren (zoals zorg, onderwijs en cultuur) in nationale wetgeving geregeld. Bij wrijving tussen de realisering van het algemeen belang en de interne markt is er automatisch een diagonale spanning: aspecten van de interne markt zijn vastgelegd in Europese regelgeving (zoals het EG-Verdrag, richtlijnen en verordeningen), die van hogere orde is dan de nationale wetgeving, waarin doelstellingen van algemeen belang zijn vastgelegd. Het 'Europese marktrecht' heeft voorrang boven de 'nationale algemeenbelangregelgeving'. De spanning tussen de markt en het algemeen belang kan alleen worden opgelost indien een beroep kan worden gedaan op in het EG-Verdrag, richtlijnen of verordeningen opgenomen excepties. Een belangrijk voorbeeld van een dergelijke exceptie zijn de diensten van algemeen economisch belang. In het EG-Verdrag is deze exceptie vastgelegd in art. 86 lid 2 EG. Deze bepaling machtigt lidstaten en ondernemingen aan wie de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang is toevertrouwd, indien dat noodzakelijk is met het oog op deze taak, af te wijken van de verboden die zijn vastgelegd in verdragsartikelen op het terrein van de mededinging, het vrije verkeer en staatssteun. Daarnaast is sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam art. 16 EG van kracht. Deze bepaling draagt de lidstaten en de EG op er zorg voor te dragen dat de diensten van algemeen economisch belang '(...) functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen'.

Op het terrein van liberalisering is de totstandkoming van de Dienstenrichtlijn een ambitieus project. De inhoud van deze richtlijn is reeds kort beschreven in deel I. De doelstelling van de richtlijnen is het slechten van barrières met betrekking tot de vrije handel in diensten. Zoals bekend, stuitte de aanname van de richtlijn op veel verzet, juist omdat de vrees bestond dat de richtlijn een te sterk liberaliserend effect zou hebben.² Zo heeft de

Nederlandse regering naar aanleiding van het concept Dienstenrichtlijn van de Commissie erop aangedrongen dat de diensten van algemeen economisch belang een uitzondering zouden vormen op de verplichtingen die de richtlijn in het kader van het tijdelijke vrije dienstenverkeer in het leven zou roepen.³ Hieronder zal blijken dat deze uitzondering er ook is gekomen (paragraaf 2.2.2.2). Een en ander heeft er voorts toe geleid dat een aantal sectoren (zoals de zorg)⁴ en beleidsterreinen (zoals het arbeidsrecht en de socialezekerheidswetgeving) niet onder de Dienstenrichtlijn vallen.⁵

De Gemeenschapswetgever heeft eveneens gestreefd naar een evenwichtige verhouding tussen het algemeen belang en de liberalisering van diensten door een en ander over diensten van algemeen economisch belang en diensten van algemeen belang op te nemen in deze richtlijn.

In dit preadvies wordt onderzocht of de Gemeenschapswetgever in deze opzet is geslaagd. Heeft hij een coherente visie op de relatie tussen diensten van algemeen (economisch) belang en het liberaliseringsstreven van de richtlijn ontwikkeld? Om een goed inzicht in de EG-rechtelijke visie op deze diensten te krijgen, is het van belang om ook de toepassing van dit concept op andere terreinen van het EG-recht in ogenschouw te nemen. Daarom wordt ook ingegaan op de rechtspraak van het Hof over art. 86 lid 2 EG, andere communautaire regelgeving waarin diensten van algemeen (economisch) belang een rol spelen en de rechtspraak van het Hof op het terrein van staatssteun, openbardienstverplichtingen en diensten van algemeen economisch belang.

In dit verband moet erop gewezen worden dat in potentie het aanbestedingsrecht bij de toekenning van diensten van algemeen economisch belang een belangrijke rol kan spelen. Niettemin wordt geen aandacht besteed aan de

1 Prof. mr. J.W. van de Gronden is hoogleraar Europees recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

2 Zie in dit verband bijvoorbeeld het advies van de SER over de Dienstenrichtlijn 05/07, Den Haag: 2005, p. 115 e.v. en het rapport van I. van den Burg & R. Knottnerus, *De Bolkesteinbubble. Het voorstel voor een Europese Dienstenrichtlijn: een omstreden erfenis*, maart 2005 (rapportage van de Nederlandse delegatie van de sociaal-democratische fractie).

3 Zie de brief van de minister van 2 september 2005, 'Notitie dienstenrichtlijn en diensten van algemeen economisch belang', *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 115, p. 1.

4 Zie art. 2 lid 2 sub f Dienstenrichtlijn.

5 Zie art. 1 lid 6 Dienstenrichtlijn.

aanbestedingsrichtlijnen, daar art. 17 Richtlijn voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten⁶ bepaalt dat deze richtlijn niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor diensten. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat diensten van algemeen economisch belang niet behoeven te worden aanbesteed volgens de procedure van deze Gemeenschapsregeling.⁷ Wel is echter mogelijk dat de algemene verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer lidstaten in de sfeer van diensten van algemeen economisch belang een op aanbesteding gelijkende verplichting (de zogenoemde 'transparantieplicht') kunnen opleggen.⁸ Deze problematiek valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.⁹ Dit preadvies wordt met enige conclusies afgesloten. Deze conclusies monden uit in een aantal stellingen.

2. De verhouding tussen de Dienstenrichtlijn en het concept van de diensten van algemeen economisch belang

In de Dienstenrichtlijn wordt niet alleen gesproken over diensten van algemeen economisch belang, maar ook over diensten van algemeen belang. Het is daarom van belang enige beschouwingen aan beide begrippen te wijden. Daarna ga ik in op wat de richtlijn over deze diensten bepaalt.

2.1. Definities

Het is opvallend dat in het EG-Verdrag alleen de term *diensten van algemeen economisch belang* gebruikt wordt, terwijl in de Richtlijn Diensten naast dit begrip ook gesproken wordt van *diensten van algemeen belang*. De richtlijn lijkt hier op het eerste gezicht aan te knopen bij de terminologie die door de Commissie is gehanteerd in verschillende documenten over deze diensten.¹⁰ Ook hier wordt gesproken van diensten van algemeen belang. Bij nadere beschouwing blijkt echter de inhoud van deze term, zoals gehanteerd in de richtlijn, niet exact hetzelfde te zijn als bij de Commissie.

In het Groenboek stelt de Commissie bijvoorbeeld dat diensten van algemeen belang een bredere categorie is dan diensten van algemeen economisch belang. De laatstgenoemde groep omvat alleen economische activiteiten. De categorie diensten van algemeen belang heeft daarentegen zowel betrekking op diensten die economisch van karakter zijn (dus diensten van algemeen economisch belang) als op diensten die een dergelijk karakter ontberen. In deze benadering zijn diensten van algemeen economisch een deelgroep van de categorie diensten van algemeen belang.

2.1.1. UITGANGSPUNTEN IN DE DIENSTENRICHTLIJN

Het is uitgesloten dat dit uitgangspunt ook wordt gehanteerd in de Dienstenrichtlijn. Randnummer 17 hiervan stelt immers dat diensten van algemeen belang niet om een economische tegenprestatie worden verricht en daarom niet onder de reikwijdte van art. 50 EG vallen. Om die reden is ook de richtlijn niet op deze diensten van

toepassing, wat bevestigd wordt door art. 2 lid 2 sub a van de richtlijn.

Overigens worden in dit artikellid iets andere bewoordingen gebezigd dan in randnummer 17. In art. 2 lid 2 wordt namelijk bepaald dat de richtlijn niet van toepassing is op '(...) niet-economische diensten van algemeen belang (...)'. Omdat van niet-economische diensten sprake is indien zij niet voor een bepaalde economische tegenprestatie worden verricht, gaat het hier evenwel om dezelfde diensten als waarvan sprake is in randnummer 17 van de richtlijn.

Datzelfde randnummer 17 van de richtlijn stelt dat diensten van algemeen economisch belang wel onder de reikwijdte van de richtlijn vallen, omdat deze voor een economische tegenprestatie worden verricht. De benadering van de richtlijn is op de volgende (eenvoudige) vooronderstelling gebaseerd. Diensten van algemeen belang zijn diensten die door de overheid toevertrouwd zijn aan instellingen en geen economische activiteit behelzen. Diensten, daarentegen, die de overheid aan een entiteit toevertrouwt en die wel economische activiteiten inhouden, worden beschouwd als diensten van algemeen economisch belang.¹¹

2.1.2. RECHTSPRAAK VAN HET HOF EN DE BENADERING VAN DE DIENSTENRICHTLIJN

Naar mijn mening komt deze benadering goed overeen met de rechtspraak van het Hof, met name op het terrein van het mededingingsrecht. Instellingen die geen economische activiteiten verrichten, zijn immers geen ondernemingen en vallen daarmee niet onder het mededingingsrecht.¹² Een vergelijkbare benadering wordt door het Hof ook in het vrije verkeer gehanteerd.

⁶ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PbEU* 2004 L 134/114.

⁷ B.J. Drijber, 'Interne markt en publieke voorzieningen: een schijn-tegenstelling', *SEW* 2007, 129, p. 263. Overigens bepaalt art. 12 Dienstenrichtlijn dat bij een beperkt aantal vergunningen soms een selectieprocedure volgens de beginselen van onpartijdigheid en transparantie moet worden uitgevoerd. Deze procedure is echter alleen van toepassing in geval van schaarste. Zie voetnoot 69 van de bijdrage van Drijber.

⁸ Zie bijvoorbeeld zaak C-324/98, *Telaustria*, *Jur.* 2000, p. I-10745; zaak C-231/03, *Coname*, *Jur.* 2005, p. I-7287 en zaak C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*, 14 juni 2007, n.n.g.

⁹ Zie verder hierover: P.J. Slot, M.H. Park & A. Cuyvers, 'Dienst van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M&M* 2007, p. 110-112.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld randnummers 8 t/m 36 van de Mededeling van de Commissie over diensten van algemeen belang in Europa, *PbEG* 2001 C 17/4 en randnummers 15 t/m 21 van het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang, COM(2003)270 def.

¹¹ Dezelfde benadering is terug te vinden in Advies 05/04 van de SER, *Ondernemerschap voor de Publieke zaak*, Den Haag: 2005, p. 80 en 81; de brief van de minister van 2 september 2005, 'Notitie dienstenrichtlijn en diensten van algemeen economisch belang', *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 115, p. 2 en 3 en P.J. Slot, M.H. Park & A. Cuyvers, a.w., p. 102.

¹² Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-159/91 and C-160/91, *Poucet en Pistre*, *Jur.* 1993, p. I-637.

Volgens vaste rechtspraak¹³ dienen diensten die gewoonlijk tegen betaling worden verricht, beschouwd te worden als diensten in de zin van art. 50 EG.¹⁴ Indien dit niet het geval is, is het verdragsregime inzake het vrije verkeer van diensten niet van toepassing.¹⁵ Ook dit regime geldt, met andere woorden, alleen voor economische activiteiten. Illustratief is de zaak *Freskot*.¹⁶ Hier besliste het Hof dat nationale socialezekerheidswetgeving die bepaalde ondernemingen verplicht tot aansluiting bij een socialezekerheidsstelsel, getoetst moeten worden aan de regels voor het vrije dienstenverkeer indien er verzekerbare risico's in het geding zijn.¹⁷ Wanneer deze wetgeving echter geen betrekking heeft op dergelijke risico's, zijn de communautaire regels inzake het vrije verkeer niet van toepassing.

Het Hof heeft zich de laatste jaren vaak uitgesproken over de toepassing van zowel het mededingingsrecht als de regels inzake het vrije verkeer van (met name) diensten in de zorgsector. Op het eerste gezicht lijkt er geen convergentie te zijn in de wijze waarop het Hof het begrip economische activiteit op beide rechtsgebieden toepast.¹⁸ In de zaken *AOK*¹⁹ en *FENIN*²⁰ heeft het Hof immers duidelijk gemaakt dat ziekenfondsen geen ondernemingen in de zin van art. 81 EG (en art. 82 EG) zijn. De reden hiervoor was dat deze verzekeraars een zorgstelsel dat hoofdzakelijk op solidariteit was gebaseerd, uitvoerde.²¹ In bekende zaken als *Müller-Fauré*²² en *Watts*²³ heeft het Hof echter de weigering van ziekenfondsen en daarmee vergelijkbare instanties om de kosten van een ziekenhuisbehandeling in het buitenland te vergoeden, getoetst aan het vrije verkeer van diensten.²⁴

Naar mijn mening kunnen beide benaderingen echter met elkaar worden verzoend. Betoogd kan namelijk worden dat voor het Hof in de mededingingszaken *AOK* en *FENIN* de activiteiten van ziekenfondsen centraal stonden, terwijl in de vrijverkeerszaken het vertrekpunt de behandeling in een ziekenhuis in een andere lidstaat was. Hoewel de aanleiding van de geschillen in deze laatstgenoemde zaken de weigering van een ziekenfonds om de gemaakte ziekenhuiskosten te vergoeden was en omstreden is of deze entiteit van sociale zekerheid economische activiteiten verricht, werd door deze weigering wel het vrije verkeer van ziekenhuisdiensten belemmerd. Van deze diensten zegt het Hof, ongeacht of zij in een extramurale of een intramurale context worden verricht, dat deze gewoonlijk tegen betaling worden aangeboden en daarom binnen de reikwijdte van de bepalingen van art. 49 e.v. EG vallen. Het centrale element in de redenering van het Hof is derhalve dat deze verdragsbepalingen van toepassing zijn op diensten, waarvoor doorgaans betaald moet worden.²⁵ Met andere woorden: de activiteiten van zorgaanbieders, als ziekenhuizen en artsen, zijn diensten in de zin van het EG-Verdrag. Nu is het vaste rechtspraak dat deze handelingen ook economische activiteiten zijn in de zin van het mededingingsrecht en dat zorgaanbieders daarom ondernemingen zijn.²⁶ Vanuit dit perspectief bezien is er wel degelijk sprake van convergentie in de wijze waarop het begrip economische activiteit door het Hof wordt toegepast in het vrije verkeer en het mededingingsrecht. De reden dat de rechtspraak inzake het vrije verkeer dieper ingrijpt in het beleid van ziekenfondsen

dan het mededingingsrecht is dat bepaalde handelingen van deze instanties, zoals de weigering om kosten van buitenlandse ziekenhuisbehandelingen te vergoeden, direct van invloed is op het vrije verkeer van medische diensten en dit vrije verkeer zelfs belemmert. Net zoals overheidsorganen, indien zij publieke regelgeving vaststellen, niet onder het mededingingsrecht vallen, maar wel moeten voorkomen dat deze regelgeving het vrije verkeer op onrechtmatige wijze belemmert, zo dienen ziekenfondsen, hoewel de mededingingsregels niet op hen van toepassing zijn, hun beleid zo in te richten dat zij niet in strijd handelen met het Europese regime inzake het vrije verkeer.

In dit verband wil ik verwijzen naar r.o. 90 van het arrest *Watts* (reeds aangehaald). Hier stelt het Hof dat in het midden kan blijven '(...) of de ziekenhuisverpleging die in het kader van een nationaal gezondheidsstelsel als de NHS wordt verstrekt, zelf moet worden aangemerkt als een dienstverrichting in de zin van de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten (...)', omdat deze bepalingen in ieder geval moeten worden toegepast in de situatie zoals aan orde in de zaak *Watts*, '(...) waarin

- 13 Zie bijvoorbeeld zaak C-158/96, *Kohll*, Jur. 1998, p. I-1931; zaak C-120/95, *Decker*, Jur. 1998, p. I-1831; zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, Jur. 2001, p. I-5473; zaak C-153/02, *Neri*, Jur. 2003, p. I-13555; zaak C-385/99, *Müller-Fauré*, Jur. 2003, p. I-4509 en zaak C-372/04, *Watts*, Jur. 2006, p. I-4325.
- 14 Zie ook J. Snell, *Goods and Services in EC Law. A study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford: 2002, p. 12-14.
- 15 Zie bijvoorbeeld zaak 263/86, *Humbel*, Jur. 1988, p. 5365 en zaak C-109/92, *Wirth*, Jur. 1993, p. I-6447.
- 16 Zaak C-355/00, *Freskot*, Jur. 2003, p. I-5263.
- 17 Zie J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer: 2004, p. 63.
- 18 Zie bijvoorbeeld M. Krajewski & M. Farley, 'Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN', *ELR* 2007, p. 118, en S. Belhaj & J.W. van de Gronden, 'Some Room For Competition Does not Make a Sickness Fund An Undertaking. Is EC Competition Law Applicable to the Health Care Sector?', *European Competition Law* 2004, p. 686.
- 19 Gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-351/01 en C-355/01, *AOK e.a.*, Jur. 2004, p. I-2493.
- 20 Zie zaak C-205/03 P, *FENIN*, Jur. 2006, p. I-6295. In deze zaak bevestigde het Hof het arrest van het Gerecht in zaak T-319/99, *FENIN*, Jur. 2003, p. I-357.
- 21 Zie in dit verband bijvoorbeeld J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen. Het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten voor zorg- en pensioenbelangen*, Deventer: 2004, p. 25-29; S. Billinger, *Das Pflichtversicherungsmonopol der gesetzlichen Krankenversicherung in der Bundesrepublik Deutschland im Lichte des EG-Vertrags*, Frankfurt am Main: 2001, p. 45-56; V. Hatzopoulos, 'Do the Rules on Internal Market Affect National Health Care Systems', in: M. McKee, E. Mossialos & R. Baeten, *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussel: 2002, p. 146-148; B. Karl, 'Competition Law and Health Care Systems', in: M. McKee, E. Mossialos & R. Baeten, *The impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussel: 2002, p. 161-171 en L. Gyselen, 'L'applicabilité des règles de concurrence a des regimes de protection sociale', in: L. Defalque e.a. (red.), *Mélanges en hommage à Michiel Waelbroeck*, Brussel: 1999, p. 1090-1099.
- 22 Zaak C-385/99, *Müller-Fauré*, Jur. 2003, p. I-4509.
- 23 Zaak C-372/04, *Watts*, Jur. 2006, p. I-4325.
- 24 Zie hierover bijvoorbeeld V. Hatzopoulos, a.w., p. 126-136 en G.R.J. de Groot, 'Zorg zonder grenzen', *NJB* 2007, 1357, p. 1589 en 1590.
- 25 Zie P. Koutrakos, 'Healthcare as an Economic Service under EC Law', in: E. Spaventa & M. Dougan (red.), *Social Welfare and EU law*, Oxford: 2005, p. 112-115.
- 26 Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98, *Pavlov*, Jur. 2000, p. I-6451 en zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Jur. 2001, p. I-8089.

een patiënt wiens gezondheidstoestand een ziekenhuisbehandeling vereist, zich naar een andere lidstaat begeeft en aldaar deze behandeling tegen betaling ondergaat'. Uit deze overweging volgt naar mijn mening dat een socialezekerheidsinstantie die zelf geen dienst in de zin van het vrije verkeer verricht, blijkbaar wel het vrije verkeer van diensten kan belemmeren. Nog duidelijker zijn de overwegingen van het Hof in de reeds aangehaalde zaak *Freskot*. De activiteiten van een Grieks socialezekerheidsorgaan waren geen diensten, omdat deze geen handelingen voor een economische tegenprestatie verrichtte. Toch kon het vrije verkeer van diensten beperkt zijn, indien de invoering van het stelsel van verplichte verzekering, waarbij dit orgaan betrokken was, als zodanig een belemmering konden vormen '(...) voor het vrij verrichten van diensten door in andere lidstaten gevestigde verzekeringsmaatschappijen die hun diensten op het gebied van de verzekering van een aantal van de betrokken risico's op de Griekse markt willen aanbieden'. Hiervan zou sprake kunnen zijn, indien, zoals reeds is opgemerkt, het in het geding zijnde stelsel van sociale zekerheid betrekking heeft op verzekerbare risico's. Ook hier geldt dat een socialezekerheidsorgaan zelf geen diensten in de zin van art. 50 EG kan aanbieden, maar toch geconfronteerd kan worden met het communautaire regime voor het vrije dienstenverkeer.

In dit verband wil ik terzijde opmerken dat de stelling van de Commissie uit haar Mededeling over sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie²⁷ dat vrijwel alle diensten op sociaal gebied beschouwd moeten worden als economische activiteiten in de zin van art. 43 en 49 EG, naar mijn mening niet juist is. De reden die de Commissie hiervoor aanvoert, is dat het Hof in zijn rechtspraak ervan uitgaat dat van dergelijke activiteiten sprake is, indien deze gewoonlijk tegen vergoeding worden aangeboden, hetgeen bij sociale diensten vrijwel altijd het geval zou zijn. Mijns inziens moet echter, zo kan uit het arrest *Freskot* worden afgeleid, in de context van sociale diensten het criterium dat een dienst gewoonlijk tegen vergoeding kan worden aangeboden, zo worden uitgelegd dat nagegaan moet worden of de dienst in kwestie verzekeraar is. De stelling dat vrijwel alle sociale diensten verzekeraar zijn, lijkt mij zeer aanvechtbaar.

2.1.3. DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG: GOEDEREN EN DIENSTEN VAN ALGEMEEN BELANG

Tot nu toe is stilgestaan bij de vraag hoe taken van algemeen belang die geen economisch karakter hebben, kunnen worden onderscheiden van taken van algemeen economisch belang die een dergelijk karakter wel hebben. Er is echter nog een ander relevant onderscheid. Het begrip 'dienst van algemeen economisch belang', zoals dat gehanteerd wordt in art. 86 lid 2 EG, is zo breed dat het niet samenvalt met het begrip dienst in de zin van art. 50 EG.²⁸ Uit de rechtspraak blijkt dat ook de levering van goederen onder de reikwijdte van dit verdragsartikel zou kunnen vallen, zoals de distributie van elektriciteit²⁹ en de verwerking van afval.³⁰ De term 'dienst' uit het begrip 'diensten van algemeen economisch belang' geeft, met andere woorden, aanleiding tot enige verwarring. Waar

het om gaat, is dat zodra de overheid aan één of meer ondernemingen de taak³¹ opdraagt om speciale goederen te leveren of bijzondere diensten aan te bieden, art. 86 lid 2 EG in het vizier komt. Dit betekent dat deze verdrags-exceptie in combinatie met zowel art. 28 EG e.v. als met art. 49 EG e.v. kan worden toegepast. Bij het mededingingsrecht gaat het om parallelle toepassing met art. 81 en 82 EG, verdragsbepalingen die geen onderscheid maken tussen goederen en diensten.

2.1.4. DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG, UNIVERSELE DIENSTEN EN OPENBAREDIENSTVERPLICHTINGEN

In de Dienstenrichtlijn, maar ook in andere communautaire regelingen en documenten, wordt naast het concept diensten van algemeen economisch belang ook het begrip universele dienst gebruikt. Op voorhand is duidelijk dat deze concepten nauw samenhangen. Helaas verschaft het Gemeenschapsrecht geen duidelijke definities waarmee ze uit elkaar kunnen worden gehouden. Uit het Witboek over Diensten van algemeen belang³² blijkt dat het bij universeledienstverlening gaat om de toegang voor eenieder tot essentiële diensten van bepaalde kwaliteit tegen een betaalbare prijs.³³ De State Aid Group of EAGCP³⁴ stelt dat twee belangrijke vormen van universeledienstverplichtingen de eis van universele dekking en de verplichting van uniforme prijsstelling zijn.³⁵ Bij diensten van algemeen belang betreft het, zoals reeds opgemerkt, taken die door de overheid met het oog op het algemeen belang aan bepaalde ondernemingen zijn opgedragen. Met recht zou kunnen worden betoogd dat de universeledienstverlening een deelverzameling is van het meer omvattende concept diensten van algemeen economisch belang.³⁶ In dit preadvies wordt echter geen scherp onderscheid tussen deze begrippen gemaakt, omdat dit ook niet gebeurt in de communautaire regelgeving en jurisprudentie. Overigens wordt in rand-

27 COM(2006)177 definitief.

28 Zie bijvoorbeeld M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief*, Deventer: 2000, p. 76.

29 Zaak C-393/92, *Almelo*, Jur. 1994, p. I-1477.

30 Zaak C-203/96, *Dusseldorp*, Jur. 1998, p. I-4075 en zaak C-209/98, *Sydhavnens*, Jur. 2000, p. I-3743.

31 Zie in dit verband H.M. Gilliams, 'Artikel 90, lid 2 EG-verdrag: onbeantwoorde vragen', in: Asser Instituut Colloquium Europees recht, *Artikel 90 EG en de privatisering van Nederlandse publieke ondernemingen*, Den Haag: 1998, p. 30-35. Gilliams leidt uit 'het taak karakter' van art. 86 lid 2 EG af dat een bepaalde taak pas van algemeen economisch belang is, indien de overheid aan een onderneming bepaalde verplichtingen van algemeen belang heeft opgelegd.

32 Zie par. 3 Witboek over Diensten van algemeen economisch belang, COM(2004)374.

33 Zie in dit verband bijvoorbeeld ook N. Nolte, *Deregulierung von Monopolen und Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse*, Frankfurt am Main: 2004, p. 63.

34 Deze afkorting staat voor *Economic Advisory Group for Competition Policy*. De EAGCP, die bestaat uit erkende specialisten op het terrein van industriële organisatie, adviseert de Commissie over de economische aspecten van het mededingingsbeleid.

35 Zie *Services of General Economic Interest. Opinion*, voorbereid door de State Aid Group of EAGCP, 29 juni 2006, Brussel, p. 2.

36 Zie par. 4.3 van de paper *Services of general economic interest and universal service obligations as an EU law framework for curative health care*, van W. Sauter. (Deze paper verschijnt binnenkort als TILEC paper.)

nummer 28 van de considerans van de Dienstenrichtlijn gesteld dat deze Gemeenschapsregeling geen afbreuk doet aan de universeledienstverlening in de sociale diensten. Dit is zeker het geval indien deze activiteiten economisch karakter ontberen. Indien zij een dergelijk karakter wel hebben, kunnen ze eventueel profiteren van de met de diensten van algemeen economisch belang samenhangende uitzonderingsbepalingen van de richtlijn die in paragraaf 2.2.2 van deze bijdrage besproken worden.

In het arrest *Altmark*³⁷ heeft het Hof gewerkt met het begrip openbardienstverplichting. Het gaat hier om een specifiek door de overheid aan een onderneming opgedragen taak. Compensaties die ter zake door een lidstaat worden gegeven en die aan bepaalde voorwaarden voldoen, vallen volgens deze rechtspraak niet onder de reikwijdte van het staatssteunregime, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. In paragraaf 5 wordt hierop verder ingegaan. Uit de omschrijving van het begrip openbardienstverplichting die in *Altmark* wordt gebruikt, vloeit voort dat er een zeer nauwe samenhang bestaat met het concept diensten van algemeen economisch belang. Het begrip openbardienstverplichting is tot ontwikkeling gekomen in het staatssteunregime en is een deelverzameling van de diensten van algemeen economisch belang. Op art. 86 lid 2 EG kan immers nog een beroep gedaan worden ter rechtvaardiging van een staatssteunmaatregel, indien niet voldaan is aan de criteria van het *Altmark*-arrest. Dit wordt verder besproken in paragraaf 5 van deze bijdrage.

2.2. *De bepalingen uit de Dienstenrichtlijn over diensten van algemeen economisch belang*

Uit de rechtspraak van het Hof vloeit voort dat de bepalingen inzake het vrije verkeer en mededinging niet van toepassing zijn op diensten van algemeen belang. Ten aanzien hiervan beschikken de lidstaten daarom over veel vrijheid om beleid vast te stellen. Indien een bepaalde door de overheid toevertrouwde dienst wel economisch van karakter is, is het regime van het vrije verkeer en het mededingingsrecht wel van toepassing, maar kan, indien de onverkorte toepassing van deze communautaire regimes aan de realisering van de dienst in kwestie in de weg staat, een beroep worden gedaan op art. 86 lid 2 EG.

Zoals hierboven al is aangegeven, bepaalt de richtlijn zelf uitdrukkelijk dat zij niet van toepassing is op diensten van algemeen belang. Belangrijker is evenwel de vraag welke voorschriften de richtlijn bevat voor diensten van algemeen economisch belang. Het verdragsregime van de EG houdt rekening met het bijzondere karakter van deze diensten in de vorm van een speciale, in art. 86 lid 2 EG vastgelegde exceptie. Art. 16 EG onderstreept dit karakter door expliciet het goede functioneren van diensten van algemeen economisch belang als prominente doelstelling van het Europese recht te formuleren. Deze bepaling staat immers in het eerste deel van het verdrag en dit deel handelt over beginselen, doelstellingen en middelen van de EG.

Uit de considerans blijkt dat de opstellers van de richtlijn eveneens het speciale karakter van de richtlijn erkennen.

De achtste considerans en art. 1 lid 2 stellen dat de richtlijn lidstaten niet verplicht om bepaalde diensten van algemeen economisch belang te liberaliseren of te privatiseren. Evenmin vloeit uit de richtlijn de verplichting voort om bestaande monopolies op dit terrein op te heffen.

De bepalingen van de Dienstenrichtlijn over diensten van algemeen economisch belang vallen uiteen in twee categorieën. De eerste categorie bepalingen beperkt de reikwijdte van de toepasselijkheid van de richtlijn op deze diensten. De tweede categorie bepalingen kent aan deze diensten de status van exceptie toe.

2.2.1. DE REIKWIJDTE VAN DE RICHTLIJN EN DE DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

De Gemeenschapswetgever heeft de reikwijdte van de richtlijn op diensten van algemeen economisch belang op twee manieren ingeperkt. Ten eerste zijn bepaalde modaliteiten van deze diensten buiten het toepassingsbereik van de richtlijn geplaatst. Dit raakt in beginsel alle diensten van algemeen economisch belang. Ten tweede zijn sommige sectoren uitgesloten van het bereik van de richtlijn. Dit heeft alleen consequenties voor een bepaald type diensten.

De reikwijdte van de richtlijn is onder meer geregeld in art. 1 ervan. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat de richtlijn geen betrekking heeft op de afschaffing van dienstverrichtende monopolies. Zoals het achtste randnummer van de considerans reeds aangaf, worden lidstaten niet verplicht om hun monopolies af te schaffen. Ook doet de richtlijn, zo wordt uitdrukkelijk bepaald, geen afbreuk aan de vrijheid van de lidstaten om bepaalde activiteiten als diensten van algemeen economisch belang aan te wijzen. Uiteraard moeten zij hierbij wel de voorschriften uit het EG-Verdrag, met name die inzake het vrije verkeer, het mededingingsrecht en het bepaalde in art. 86 lid 1 en 2 EG, in acht nemen. Tevens valt de financiering van de diensten van algemeen economisch belang buiten de reikwijdte van de richtlijn; zo wordt expliciet bepaald door art. 1 lid 3. Ook de wijze van financiering wordt als een aangelegenheid van de lidstaten gezien, waarbij deze uiteraard het communautaire staatssteunregime van art. 87 t/m 89 EG moeten naleven. In paragraaf 5 wordt nader op deze kwestie ingegaan.

Daarnaast worden bepaalde sectoren, zoals vervoer en gezondheidszorg, van de reikwijdte van de richtlijn uitgezonderd. In sommige van deze sectoren spelen diensten van algemeen economisch belang een belangrijke rol. Het spreekt voor zich dat de in deze sectoren aangeboden diensten van algemeen economisch belang³⁸ ook niet binnen de reikwijdte van deze richtlijn vallen. De uitzondering van deze sectoren kan twee redenen hebben. In de eerste plaats kan de Gemeenschaps-

³⁷ Zaak C-280/00, *Altmark*, Jur. 2003, p. I-7747.

³⁸ Art. 2 lid 2 sub d en sub e zondert alle vervoersdiensten in de zin van titel V EG-Verdrag (inclusief havendiensten), respectievelijk zorgdiensten uit van de reikwijdte van de richtlijn. Ook randnummer 17 wijst erop dat vanwege de niet-toepasselijkheid van de richtlijn op een aantal sectoren, bepaalde diensten van algemeen economisch belang niet beheerst worden door de richtlijn.

wetgever, zoals het geval is bij vervoer, voor een bepaalde sector al specifieke communautaire regelgeving hebben vastgesteld. De aspecten van diensten van algemeen economisch belang zijn dan meestal hier geregeld. In de tweede plaats kan de desbetreffende sector, zoals in geval van zorg, geacht worden te behoren tot de bevoegdheid van de lidstaten. De diensten van algemeen economisch belang worden dan geregeld door de lidstaten, die daarbij uiteraard de randvoorwaarden van het EG-recht in acht moeten nemen.

2.2.2. DIENSTEN VAN ALGEMEEN

ECONOMISCH BELANG ALS EXCEPTIE

Op een aantal plaatsen in de richtlijn worden de diensten van algemeen economisch belang gepresenteerd als een exceptie. De randnummers 70 en 71 van de richtlijn bevatten enkele algemene opmerkingen hierover. Randnummer 70 stelt enige eisen die aan de rechtspraak van het Hof zijn ontleend. Een dienst kan alleen geacht worden het karakter van algemeen economisch belang te hebben, indien deze wordt verricht uit hoofde van een speciale taak van algemeen belang die door de lidstaat in kwestie is opgedragen. Deze toewijzing moet zijn geschied bij een of meer besluiten. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt inderdaad dat 'het opdragen aan' door een nationale overheid een belangrijk element is in de toepassing van art. 86 lid 2 EG.³⁹ In hoeverre dit altijd bij een expliciet besluit moet gebeuren, komt verder aan de orde in paragraaf 3 van dit advies, welke paragraaf gaat over deze verdragsbepaling. Randnummer 70 bepaalt verder dat het toewijzingsbesluit een nauwkeurige specificatie van de aard van de speciale taak moet geven. Eveneens in paragraaf 3 komt aan de orde of deze eis ook terug te vinden is in de rechtspraak over art. 86 lid 2 EG. Na in randnummer 70 de grenzen van de bevoegdheden van de lidstaten te hebben aangegeven, verklaart de Dienstenrichtlijn in randnummer 71 dat de lidstaten het recht hebben om een hoog beschermingsniveau voor het algemeen belang vast te stellen. Hierbij worden doelstellingen van sociaal beleid met naam en toenaam genoemd. Vervolgens wordt gewezen op het specifieke karakter van diensten van algemeen economisch belang. Er moet evenwel op gewezen worden dat deze opmerkingen over de bevoegdheden van de lidstaten gemaakt zijn in de context van de procedure van de wederzijdse beoordeling. Volgens deze procedure, zo blijkt uit art. 39 van de richtlijn, dienen de lidstaten de Commissie een verslag te sturen waarin onder andere de eventuele beperkingen van vergunningenstelsels worden geanalyseerd. Deze verslagen worden door de Commissie naar de andere lidstaten en andere belanghebbenden gestuurd, zodat een consultatieproces op gang komt tussen de verschillende actoren. De uitkomst van dit proces wordt uiteindelijk vastgelegd in een verslag dat de Commissie in 2010 zal publiceren en waarin eventueel ook voorstellen voor aanvullende initiatieven worden gedaan.

Opvallend is dat de richtlijn de functie van exceptie van de diensten van algemeen economisch belang hier in een procedurele context plaatst. Deze benadering werkt ook door hoe deze functie van exceptie uiteindelijk is uitgewerkt in concrete bepalingen van de richtlijn. Hieronder wordt daar verder op ingegaan.

Na echter de procedurele context van de diensten van algemeen economisch belang te hebben verkend, wijst de richtlijn er in randnummer 71 van de considerans op dat deze diensten een rechtvaardiging kunnen vormen van bepaalde beperkingen van de vrijheid van vestiging. Dit zou met name het geval zijn, indien de bescherming van de volksgezondheid en doelen van sociaal beleid in het geding zijn. Vervolgens wordt in randnummer 71 van de richtlijn opgemerkt dat het Hof erkend heeft dat lidstaten voor het verrichten van bepaalde diensten in de sociale sector alleen die entiteiten kunnen toelaten die een niet op winst oogmerk gerichte rechtsvorm hebben. Hier wordt bedoeld op het arrest van het Hof in zaak *Sodemare*.⁴⁰ In deze uitspraak, die lag op het terrein van de vrijheid van vestiging, heeft het Hof de eis van een niet op winst gerichte rechtsvorm geaccepteerd. Het Hof paste echter in deze zaak niet art. 86 lid 2 EG toe, maar de *Rule of Reason* (de *Cassis de Dijon*-exceptie van dwingende redenen van algemeen belang). Blijkbaar bestaat er volgens de opstellers van de richtlijn een nauw verband tussen deze jurisprudentiële exceptie en art. 86 lid 2 EG.

De algemene beschouwingen van de richtlijn over de diensten van algemeen economisch belang als exceptie resulteren in twee concrete uitzonderingsbepalingen. De eerste heeft betrekking op vestiging en is vastgelegd in art. 15 lid 4. De tweede bepaling ligt op het terrein van diensten en is vastgelegd in art. 17 lid 1 van de richtlijn.

2.2.2.1. VRIJHEID VAN VESTIGING EN DE DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

Art. 15 lid 4 staat in het hoofdstuk van de vrijheid van vestiging van de dienstverrichters. Zoals reeds in deel I naar voren kwam, verplicht het eerste lid van art. 15 de lidstaten om te evalueren of bepaalde eisen (die gesteld worden aan de vestiging van dienstverrichters) in overeenstemming zijn met de richtlijn. In het tweede lid van art. 15 wordt expliciet vermeld om welke eisen het gaat. Hier wordt gesproken van kwantitatieve en territoriale beperkingen, eisen betreffende de rechtsvorm, eisen aangaande het aandeelhouderschap, voorschriften betreffende beroepskwalificaties zoals geregeld in Richtlijn 2005/36/EG,⁴¹ het verbod om op het grondgebied van een bepaalde staat meer dan één vestiging te hebben, eisen betreffende het minimum aantal werknemers, voorschriften betreffende minimum- en/of maximumtarieven en de verplichting voor de dienstverrichters om in combinatie met hun dienst andere specifieke diensten aan te bieden. Uit lid 3 blijkt dat dergelijke voorschriften niet op voorhand verboden zijn, maar dat deze dienen te voldoen aan eisen die het Hof⁴² – *grosso modo* – ook hanteert in het kader van het vrije verkeer en de *Rule of*

³⁹ Zie bijvoorbeeld zaak 127/73, *BRT II*, Jur. 1974, p. 313.

⁴⁰ Zaak C-70/95, *Sodemare*, Jur. 1997, p. I-3395.

⁴¹ Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, *PbEU* L 255/22.

⁴² Zie in dit verband bijvoorbeeld r.o. 26 van zaak C-108/96, *Mac Quen*, Jur. 2001, p. I-837; r.o. 37 van zaak C-55/94, *Gebhard*, Jur. 1995, p. I-4165 en r.o. 32 van zaak C-19/92, *Kraus*, Jur. 1993, p. I-1663.

Reason. Lidstaten moeten namelijk onderzoeken of deze voorschriften geen directe of indirecte discriminatie behelzen, gerechtvaardigd zijn met het oog op dwingende redenen van algemeen belang en geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken, waarbij van belang is dat het doel in kwestie niet met minder beperkende maatregelen gerealiseerd kan worden.

Het opvallende is nu dat het vierde lid van art. 15 bepaalt dat wat in de voorafgaande drie leden is bepaald, alleen van toepassing is op wetgeving op het gebied van diensten van algemeen economisch belang indien deze toepasselijkheid de realisering van deze diensten niet belemmert. Het is niet helemaal duidelijk waarvoor deze uitzondering geldt, nu de leden 1 t/m 3 verschillend van karakter zijn. Het eerste lid bevat een verplichting tot het opstellen van een evaluatie. Het tweede lid geeft aan op welke nationale eisen deze evaluatie betrekking moet hebben. Het derde lid geeft aan waaraan deze eisen moeten voldoen. Omdat het derde lid een codificatie van de *Rule of Reason*-rechtspraak van het Hof is, impliceert de verwijzing in het vierde lid naar het derde lid in wezen een van toepassingverklaring van de exceptie van de dienst van algemeen economisch belang op de exceptie van de dwingende redenen van algemeen belang. Deze werkwijze is dubbelop en daarom ligt het, naar mijn mening, meer voor de hand om het vierde lid vooral als uitzondering te zien op het bepaalde in het eerste lid, te meer nu lid 2 de verplichting van lid 1 nader omschrijft. Wetgeving op het terrein van diensten van algemeen economisch belang hoeft niet aan een evaluatie te worden onderworpen, indien dit de uitvoering van de desbetreffende dienst belemmert. In de context van de vrijheid van vestiging fungeren de diensten van algemeen economisch belang derhalve vooral als exceptie op een procedurele verplichting. Deze uitzonderingsbepaling weerspiegelt de procedurele context, waarin de considerans de diensten van algemeen economisch belang reeds plaatste.

Nu duidelijk is dat evaluatie van bepaalde wetgeving niet verplicht is indien dit de uitvoering van een bepaalde dienst van algemeen economisch belang belemmert, rijst de vraag hoe het begrip 'belemmeren' dient te worden geïnterpreteerd. Moet dit begrip gelezen worden tegen de achtergrond van de proportionaliteitstoets, zoals die bekend is uit de rechtspraak van het Hof over vrij verkeer? In dat geval moet de test van de minst beperkende maatregel worden toegepast.⁴³ Daarbij moet worden nagegaan of de desbetreffende dienst van algemeen economisch belang alleen kan worden aangeboden indien deze niet onderworpen is aan de evaluatieprocedure van de richtlijn. Naar mijn mening is moeilijk voorstelbaar dat een dergelijke situatie zich zal voordoen. Het kritisch doorlichten van de nationale wetgeving inzake een bepaalde dienst van algemeen economisch belang zal zelden het voortbestaan van een dergelijke dienst op het spel zetten. Volgens mij ligt het daarom meer voor de hand om aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van het Hof over het proportionaliteitsbeginsel in de context van art. 86 lid 2 EG, daar dit verdragsartikel de basis vormt voor het communautaire kader voor diensten van algemeen economisch belang. Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat reeds aan dit beginsel is voldaan indien de onverkorte toepassing van de regels van het vrije verkeer of de mededinging belet

dat de betrokken dienst van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden wordt aangeboden.⁴⁴ Dit is een minder strenge test dan die van de minst beperkende maatregel.⁴⁵ De test van de economisch aanvaardbare omstandigheden maakt het wellicht mogelijk dat in de praktijk soms met succes kan worden betoogd dat een bepaalde dienst van algemeen economisch belang niet aan de evaluatie van de richtlijn hoeft te worden blootgesteld.

Zoals evenwel reeds uit de beschrijving van de Dienstenrichtlijn bleek, bevat het hoofdstuk over de vrijheid van vestiging naast procedurele vereisten ook belangrijke materiële bepalingen. De belangrijkste is die van art. 9. Op grond van deze bepaling mogen lidstaten de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk stellen van een vergunning. Deze regel geldt echter niet indien het vergunningstelsel niet discriminerend is, wanneer dit stelsel gerechtvaardigd is vanwege een dwingende reden van algemeen belang, en het na te streven doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt. Deze uitzondering weerspiegelt duidelijk de *Rule of Reason* van het vrije verkeer.⁴⁶ De Dienstenrichtlijn noemt voor deze belangrijke materiële bepaling de diensten van algemeen economisch belang niet als uitzondering. Dit betekent dat in het kader van het verbod op het hanteren van een vergunningstelsel de diensten van algemeen economisch belang niet als zelfstandige exceptie kunnen gelden. Dit neemt niet weg dat zij kunnen worden ingelezen in de 'Rule of Reason'-achtige exceptie van art. 9.⁴⁷ Uit de rechtspraak van het Hof blijkt immers dat er overlap bestaat tussen de belangen die onder *Rule of Reason* vallen en de belangen waarop art. 86 lid 2 EG betrekking heeft.⁴⁸ In bijvoorbeeld het arrest *Corsica Ferries*⁴⁹ accepteerde het Hof dat een Italiaanse maatregel, op grond waarvan een onderneming het uitsluitende recht had om schepen in havens vast te meren en te ontmeren tegen een bepaald (niet kostendekkend) tarief, gerechtvaardigd kon worden door zowel de *Rule of Reason* als art. 86 lid 2 EG. Toch heeft dit inlezen van met diensten van algemeen economisch belang verband houdende belangen in het eerste lid van art. 9 consequenties. Omdat dit richtlijnartikel vormgegeven is naar het voorbeeld van de dwingende redenen van algemeen belang uit de rechtspraak over het vrije verkeer, wordt de test van de minst beperkende maatregel als maatstaf voor de proportionaliteitstoets opgevoerd. Dit betekent dat de minder strikte test van economisch

43 Zie bijvoorbeeld r.o. 28 van zaak C-3/95, *Reisebüro Broede*, Jur. 1996, p. I-6511 en r.o. 106 van zaak C-372/04, *Watts*, Jur. 2006, p. I-4325.

44 Zie bijvoorbeeld zaak 320/90, *Corbeau*, Jur. 1993, p. I-2533 en zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Jur. 2001, p. I-8089.

45 Zie J.L. Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (Former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford: 1999, p. 319 en 320.

46 Zie E. Belhadj, S.J.H. Evans & J.W. van de Gronden, 'De Dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn', *SEW* 2007, 71, p. 147.

47 Zie in dit verband de brief van de minister van 2 september 2005, 'Notitie dienstenrichtlijn en diensten van algemeen economisch belang', *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 115, p. 4 en 5.

48 J.L. Buendia Sierra, 'Article 86 - Exclusive Rights and other Anti-competitive State Measures', in: J. Faull & A. Nikpay, *The EC law of Competition*, Oxford: 2007, p. 644 (tweede druk).

49 Zaak C-266/96, *Corsica Ferries*, Jur. 1998, p. I-3949.

aanvaardbare omstandigheden niet opgaat indien een lidstaat voor een bepaalde (onder art. 9 van de richtlijn vallende) dienst van algemeen economisch belang een vergunningstelsel wil hanteren. Dit stelsel is alleen gerechtvaardigd indien de aan de orde zijnde doelstelling niet op een andere, minder beperkende wijze kan worden bereikt. De Dienstenrichtlijn bevat, met andere woorden, in het kader van de vrijheid van vestiging voor diensten van algemeen economisch belang een strengere regime dan art. 86 lid 2 EG.

2.2.2.2. VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN EN DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

Zoals reeds naar voren is gekomen, bevat art. 16 van de richtlijn de kernbepaling voor het vrije dienstenverkeer (op tijdelijke basis). Het eerste lid van deze bepaling verplicht de lidstaten om het recht van dienstverrichters te eerbiedigen. Zij dienen te zorgen voor vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied. Deze vrije toegang en uitoefening mogen alleen beperkt worden indien dit noodzakelijk is vanwege de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid en de bescherming van het milieu. De nationale maatregelen die met het oog op deze belangen zijn genomen, mogen niet discrimineren en dienen te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel.

Het verschil in formulering met art. 9 is opvallend: bij vestiging is het aantal belangen met het oog waarop een vergunningplicht kan worden ingevoerd niet begrensd, terwijl de toegang tot het vrije dienstenverkeer (op tijdelijke basis) alleen beperkt mag worden door een aantal met name aangeduide belangen. In lid 2 wordt het verbod van lid 1 verder uitgewerkt in een aantal concrete verbodsbepalingen. In lid 3 worden vervolgens weer de belangen (de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid en de bescherming van het milieu) genoemd die een beperking van de vrije dienstverrichting kunnen rechtvaardigen. Hieraan wordt nog een exceptie toegevoegd: de toepassing van nationale voorschriften inzake arbeidsvoorwaarden, zoals die onder meer zijn vastgelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten.

Al met al is de kernbepaling voor het vrije dienstenverkeer nogal rommelig vormgegeven. Zo is het moeilijk om de volgende vragen te beantwoorden. Waarom worden de excepties van het eerste lid in het derde lid herhaald? Is de reden hiervoor dat zij ook gelden als uitzonderingsgronden voor de verboden die in het tweede lid van art. 16 worden genoemd? Waarom verwijst het derde lid dan alleen naar het eerste lid en niet naar het tweede lid? Waarom is er, in vergelijking met het eerste lid, een extra belang aan het derde lid toegevoegd (de toepassing van nationale voorschriften inzake arbeidsvoorwaarden)? Wat is de juridische consequentie voor de status van dit belang nu het alleen in het derde lid wordt vermeld?

Art. 17 lid 1: diensten van algemeen economisch belang zijn uitgezonderd

Het is lastig om op deze vragen een antwoord te geven. Voor het onderwerp van de diensten van algemeen economisch belang zijn deze antwoorden echter niet van belang. Art. 17 lid 1 Dienstenrichtlijn bepaalt namelijk dat art. 16 niet van toepassing is op diensten van algemeen

economisch belang die in een andere lidstaat worden verricht. Art. 17 zondert daarmee onverkort de diensten van algemeen economisch belang uit van het richtlijnregime inzake het vrije dienstenverkeer op tijdelijke basis. Deze benadering is veel minder subtiel dan die van het richtlijnregime voor de vrijheid van vestiging. Daar geldt de uitzondering alleen voor de procedurele evaluatieverplichting en dan slechts als aan een noodzakelijkheidstoets is voldaan.

De consequentie van art. 17 lid 1 is dat één van de kernbepalingen van de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op de diensten van algemeen economisch belang. Het hierboven aangehaalde uitgangspunt van de richtlijn (randnummer 17 van de considerans), dat zij van toepassing is op diensten van algemeen economisch belang, wordt hiermee in niet onbelangrijke mate afgezwakt.

De vraag rijst zelfs of lidstaten zouden kunnen ontsnappen aan het bepaalde in art. 16 door sommige diensten aan te wijzen als diensten van algemeen economisch belang. Zoals reeds is opgemerkt, laat de richtlijn de bevoegdheid van lidstaten onverlet om dergelijke diensten aan te wijzen. Stel bijvoorbeeld dat Nederland bepaalde onderdelen van het onderwijs op zodanige wijze liberaliseert dat een aantal onderwijsactiviteiten als diensten in de zin van art. 50 EG moeten worden beschouwd, dan is in beginsel de Dienstenrichtlijn van toepassing.⁵⁰ De Dienstenrichtlijn zondert de onderwijssector niet uit van de reikwijdte van de richtlijn, zoals wel het geval is bij de zorg. In randnummer 34 van de richtlijn wordt aan de ene kant bepaald dat diensten onder andere op het terrein van het onderwijs die verricht worden zonder economische tegenprestatie, geen economische activiteiten behelzen. Aan de andere kant is dit randnummer georiënteerd op de vaste rechtspraak over de toepasselijkheid van het vrije verkeer van het Hof in arresten als *Humbel*⁵¹ en *Gravier*.⁵² De strekking van deze rechtspraak is, dat zodra een dienst wel tegen een economische tegenprestatie wordt aangeboden, het vrije verkeer van toepassing is, ook al betreft het een onderwijszaken. In de zaak *Neri*⁵³ werden immers bepaalde activiteiten van universitaire onderwijs die in een commerciële context werden aangeboden (door een Britse instelling aan Italiaanse onderdanen), beschouwd als diensten die binnen de reikwijdte van het vrije verkeer vielen.

Al met al is daarom de conclusie gerechtvaardigd dat de Dienstenrichtlijn toegepast kan worden op bepaalde geliberaliseerde onderdelen van het onderwijs. Zou de Nederlandse overheid het aanbieden van bepaalde cursussen die vallen in het geliberaliseerde domein, vanuit andere lidstaten, kunnen tegengaan door deze activiteiten aan te wijzen als diensten van algemeen economisch belang?

⁵⁰ Vergelijk in dit verband de brief van de minister van 2 september 2005, 'Notitie dienstenrichtlijn en diensten van algemeen economisch belang', *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 115, p. 6 en B.J. Drijber, 'Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling', *SEW* 2007, 129, p. 262.

⁵¹ Zaak 263/86, *Humbel*, *Jur.* 1988, p. 5365.

⁵² Zaak 293/83, *Gravier*, *Jur.* 1985, p. 593.

⁵³ Zaak C-153/02, *Neri*, *Jur.* 2003, p. I-13555.

Het antwoord op deze vraag lijkt bevestigend te moeten zijn. Art. 17 lid 1 van de richtlijn bepaalt immers zonder voorbehoud dat art. 16, waarin de kernbepalingen van het richtlijnregime voor tijdelijk dienstenverkeer is vastgelegd, niet van toepassing is op diensten van algemeen economisch belang. Deze 'truc' lijkt alleen niet te werken wanneer de Nederlandse overheid niet afdoende zou kunnen bewijzen waarom de betrokken activiteiten niet van algemeen economisch belang zouden zijn. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt evenwel dat het Hof het toekennen van dergelijke taken door de lidstaten alleen marginaal toetst.⁵⁴ Zeker in een sector als die van het onderwijs is het goed voorstelbaar dat een bepaalde taak het predikaat algemeen belang krijgt. Op deze wijze kan Nederland derhalve bepaalde cruciale onderdelen van een te liberaliseren onderdeel van de onderwijssector 'beschermen' tegen art. 16 Dienstenrichtlijn.

Hiermee is echter niet gezegd dat het Europese recht buiten de deur is gehouden. De uitzondering van art. 17 lid 1 Dienstenrichtlijn is naar mijn mening zo vormgegeven dat geconcludeerd moet worden dat het tijdelijke verkeer van diensten van algemeen economisch belang niet geharmoniseerd is. Dit betekent dat de algemene bepalingen van het EG-Verdrag betreffende het vrije dienstenverkeer van toepassing blijven op dergelijke diensten van algemeen economisch belang. Nationale wetgeving op dit terrein moet daarmee getoetst worden aan art. 49 EG e.v. Eventuele beperkingen op het terrein van het vrije dienstenverkeer kunnen dan gerechtvaardigd worden door art. 86 lid 2 EG (naast een beroep op de *Rule of Reason* of een op het vrije verkeer toegespitste verdragsexceptie). Bij de toepassing van art. 86 lid 2 EG zal onder meer gekeken worden of zonder de beperking van het vrije dienstenverkeer de betrokken taak van algemeen economisch belang niet verricht kan worden onder economisch aanvaardbare omstandigheden. Daarnaast kunnen bepalingen betreffende het mededingingsrecht ook van belang zijn, zoals art. 86 lid 1 EG (dat gaat over uitsluitende en bijzondere rechten) en art. 87-89 EG die betrekking hebben op staatssteun. De bespreking van de consequenties van deze bepalingen voor nationaal beleid van liberalisering in de onderwijssector valt evenwel buiten het bestek van dit preadvies.

Diensten van algemeen economisch belang: verschil tussen het vrije dienstenverkeer en de vrijheid van vestiging

Het voorbeeld van de (eventuele) liberalisering van (bepaalde onderdelen van) de onderwijssector is ook illustratief voor de enigszins opmerkelijk relatie tussen de vergaande uitzondering van art. 17 lid 1 bij diensten en de subtielere benadering bij vestiging. Zoals reeds is aangegeven, ontloopt een lidstaat de verboden van art. 16 voor onderwijsdiensten van algemeen economisch belang. Als hij evenwel de uitoefening van deze diensten wil onderwerpen aan een vergunningseis (indien een onderwijsaanbieder zich permanent wil vestigen), is art. 9 van toepassing. De uitzondering van art. 15 lid 4 van de richtlijn, die betrekking heeft op diensten van algemeen economisch belang, geldt immers alleen als uitzondering voor de procedurele eis betreffende de evaluatieverplichting. De vergunningseis kan alleen door de beugel indien aangetoond wordt dat er niet gediscrimineerd wordt, het stelsel nodig is met het oog op het algemeen belang en dit

belang niet op een minder beperkende manier kan worden verwezenlijkt. Als het vergunningstelsel adequaat is vormgegeven, zullen de eerste twee vereisten in de praktijk meestal weinig problemen opleveren. Zoals echter hierboven reeds uiteengezet is, gaat de test van de minst beperkende maatregel verder dan de wijze waarop het Hof van Justitie in de context van art. 86 lid 2 EG invulling geeft aan het proportionaliteitsbeginsel. Het Hof gaat immers bij deze bepaling uit, zoals reeds is opgemerkt, van de test van de economisch aanvaardbare omstandigheden. De consequentie van de verschillende benaderingen van diensten van algemeen economisch belang door de richtlijn bij de vrijheid van vestiging en het vrije dienstenverkeer, is dat het lastiger is om voor dergelijke diensten een vergunningsstelsel te hanteren, dan om tijdelijke aanbieders uit andere lidstaten te weren. Het is maar zeer de vraag of de opstellers van de richtlijn dit verschil bewust hebben willen introduceren en in hoeverre dit goed doordacht is. Dat de richtlijn de vrijheid van vestiging voor taken van algemeen economisch belang strenger behandelt dan het vrije dienstenverkeer voor deze taak, staat haaks op de algemene benadering van deze richtlijn. Juist bij de vrijheid van vestiging beschikken de lidstaten over meer discretionaire ruimte, nu de belangen die zij bij wijze van uitzondering kunnen inroepen, niet gelimiteerd zijn. Dit is wel het geval bij het vrije dienstenverkeer. Volgens mij is dan ook de conclusie gerechtvaardigd dat de strengere behandeling van de taak van algemeen economisch belang onder het richtlijnregime voor de de vrijheid van vestiging dan onder het richtlijnregime voor het vrije dienstenverkeer op een toevalligheid berust. Het is jammer dat de richtlijn voor deze problematiek geen consistent regime introduceert.

Consequentie van een en ander is dat het voor de lidstaten moeilijker is om diensten van algemeen economisch belang af te schermen van concurrentie van ondernemingen uit andere EU-lidstaten onder het vestigingsregime van de richtlijn dan onder het algemene verdragsregime. Ook hier rijst de vraag of dit een bewuste keuze is, juist nu de vrees voor het sterke liberaliserende effect van het Commissievoorstel voor de Dienstenrichtlijn,⁵⁵ tot een aantal aanpassingen heeft geleid.

Enkele vragen naar aanleiding van art. 17 lid 1 Dienstenrichtlijn

De vormgeving van art. 17 lid 1 roept nog een aantal andere vragen op. Deze bepaling stelt niet alleen dat diensten van algemeen economisch belang zijn uitgezonderd, maar noemt ook een aantal voorbeelden van deze diensten. Sommige van de taken waarnaar verwezen wordt, zijn ook al erkend in sectorale EG-liberaliserings-

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld zaak C-157/94, *Commissie/Nederland*, Jur. 1997, p. I-5699. Zie ook H.E. Akyürek-Kievits, *Tussen protectie en concurrentie*, Deventer: 1998, p. 38 en 39.

⁵⁵ Zie de inleiding van dit deel van het preadvies.

richtlijnen. Het gaat hier om bepaalde postdiensten (Richtlijn 97/67/EG),⁵⁶ bepaalde activiteiten uit de elektriciteitssector (Richtlijn 2003/54/EG)⁵⁷ en verrichtingen uit de gassector (Richtlijn 2003/55/EG).⁵⁸ In dit verband moet worden opgemerkt dat ook in de telecommunicatiesector diensten van algemeen economisch belang worden aangeboden. Telecommunicatieverrichtingen worden echter niet genoemd in art. 17 lid 1, omdat art. 2 lid 2 Dienstenrichtlijn deze verrichtingen reeds uitzondert van de reikwijdte van haar regime. Art. 17 lid 1 noemt wel twee andere taken waarvoor overigens geen sectorale communautaire liberaliseringsregelgeving bestaat: diensten op het terrein van de watervoorziening en -distributie, en afvalverwerking.

Deze opsomming illustreert dat de scheiding tussen diensten en goederen soms moeilijk te bepalen is. Uit vaste rechtspraak van het Hof vloeit voort dat elektriciteit⁵⁹ en afval⁶⁰ onder het vrije goederenverkeer vallen. De reden hiervoor is dat er sprake is van voorwerpen die vatbaar zijn voor handelstransacties en die over een grens kunnen worden vervoerd.⁶¹ Uit deze definitie volgt dat ook water en gas als goederen moeten worden beschouwd. In de zaak Waalse afvalstoffen is er zelfs discussie geweest of alleen recyclebare afvalstoffen als goederen moesten worden bestempeld; nationaal beleid voor niet-recyclebare afvalstoffen zou dan onder het vrije dienstenverkeer vallen, omdat deze stoffen een *negatieve* waarde hebben en vooral verwijderd dienen te worden. Het Hof heeft deze scheiding om praktische redenen niet willen aanbrengen en beide categorieën afvalstoffen als goederen gekwalificeerd.⁶² De Dienstenrichtlijn gaat aan deze rechtspraak voorbij en brengt nationaal beleid betreffende afvalverwerking onder het dienstenverkeer. Hetzelfde geldt voor elektriciteit, water en gas.

De reden dat de Dienstenrichtlijn deze goederen in art. 17 lid 1 noemt, kan gelegen zijn in de omstandigheid dat miskend is dat diensten van algemeen economisch belang in de zin van art. 86 lid 2 naast diensten zoals bedoeld in art. 50 EG, ook goederen in de zin van art. 28 EG kunnen omvatten (zie wat hierboven is gesteld in paragraaf 2.1.3). Omdat leveringen van goederen als elektriciteit, gas en water van algemeen economisch belang is en onder art. 86 lid 2 EG vallen, worden deze leveringen genoemd in art. 17 lid 1.

Desalniettemin sluit art. 4 van de richtlijn bij de definitie van het begrip dienst aan bij art. 50 EG. Dit heeft als consequentie dat veel taken van algemeen economisch belang die worden uitgevoerd in de sfeer van elektriciteitsvoorziening, de levering van gas en de distributie van water, niet geraakt worden door de richtlijn vanwege het eenvoudige feit dat zij geen diensten zijn. Alleen eventuele diensten die gerelateerd zijn aan deze goederen, vallen wel onder de richtlijn, maar worden dan vervolgens weer uitgezonderd via art. 17 lid 1. Dit kan bij afval anders liggen: het vrije goederenverkeer wordt beperkt door de verplichting om definitief te verwijderen afval aan een bepaalde onderneming aan te bieden.⁶³ De handelingen van dit bedrijf die erop gericht zijn het afval te verwijderen, zouden echter als dienst kunnen worden gezien. De activiteiten in de afvalverwerkende industrie impliceren, met andere woorden, zowel goederengerelateerde aspecten als aan dienst verwante aangelegenheden. Deze tweezijdigheid wordt weerspiegeld in de

reeds vermelde discussie over de vraag uit de zaak Waalse afvalstoffen of niet-recyclebare afvalstoffen onder het vrije goederenverkeer of het vrije dienstenverkeer vallen. De afvalverwerkende diensten van ondernemingen vallen daarmee in beginsel onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn en zijn alleen uitgezonderd van het in art. 16 bepaalde indien deze ondernemingen met een speciale taak belast zijn.

Al met al zijn van de met naam en toenaam genoemde activiteiten alleen de postdiensten in de zin van Richtlijn 97/67/EG (bijna) volledig te beschouwen als diensten zoals bedoeld in art. 50 EG. Deze diensten vallen onder de richtlijn en ontsnappen alleen aan de verboden van art. 16 indien zij worden aangeboden door met een speciale taak belaste ondernemingen.

Tot slot van de bespreking van het eerste lid van art. 17 moet nog op een andere vraag worden ingegaan. Hoe moet worden uitgelegd dat dit lid vijf taken van algemeen economisch belang noemt? Is deze opsomming slechts indicatief in de zin dat de vermelde taken diensten van algemeen economisch belang zouden kunnen zijn? Of moet ervan uitgegaan worden dat de vermelde activiteiten in ieder geval diensten van algemeen economisch belang zijn, zodat de Gemeenschapswetgever deze aangewezen heeft als diensten van algemeen economisch belang?

De laatstgenoemde optie staat naar mijn mening op gespannen voet met het uitgangspunt van art. 1 lid 3 van de Richtlijn. Hier is, zoals reeds naar voren is gekomen, uitdrukkelijk bepaald dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de vrijheid van de lidstaten om in overeenstemming met het EG-recht vast te stellen wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen. Zoals ook reeds naar voren is gebracht, gaat het Hof in zijn rechtspraak over art. 86 lid 2 EG er ook van uit dat de lidstaten over een dergelijke vrijheid beschikken. Dit impliceert dat het lijstje van art. 17 lid 1 slechts een indicatieve waarde heeft.

Overigens moet niet over het hoofd worden gezien dat de in dit lid genoemde sectorale richtlijnen ook consequenties hebben voor de lidstaten op het terrein van diensten van algemeen economisch belang. Deze consequenties, die soms een verplichtend karakter hebben, worden in paragraaf 4 van deze bijdrage besproken.

56 Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de dienst, *PbEG* 1998 L 15/14.

57 Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *PbEG* 2003 L 16/74.

58 Richtlijn 2003/55/EG van betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, *PbEU* 2003 L 176/57.

59 Zie bijvoorbeeld zaak C-379/98, *PreussenElektra*, *Jur.* 2001, p. I-2099 en zaak C-157/94, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 1997, p. I-5699.

60 Zie bijvoorbeeld zaak C-2/90, *Waalse afvalstoffen*, *Jur.* 1992, p. I-4431. Zie ook zaak 7/68, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1968, p. 423.

61 Zie r.o. 25 van het arrest Waalse afvalstoffen.

62 Zie r.o. 27 en 28 van het arrest Waalse afvalstoffen.

63 Krachtens Verordening (EEG) nr. 259/93 van de Raad betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap, *PbEG* 1993 L 30/1, mogen lidstaten de export van definitief te verwijderen afvalstoffen aan banden leggen met het oog op het zelfvoorzieningsbeginsel. Het vrije verkeer van recyclebare afval moet echter worden gerespecteerd.

2.3. Tussenconclusie

Tijdens het totstandkomingsproces van de Dienstenrichtlijn hebben de diensten van algemeen economisch belang een belangrijke rol gespeeld. Het uitgangspunt is dat deze diensten binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen, maar dat met het bijzondere karakter ervan rekening moet worden gehouden. De wijze waarop dit is gebeurd, is echter niet geheel consistent. Bij de vrijheid van vestiging speelt het concept van diensten van algemeen economisch belang alleen een rol in een procedurele context, terwijl bij het vrije dienstenverkeer de diensten van algemeen economisch belang volledig uitgezonderd zijn. De consequentie is dat het vestigingsregime voor diensten van algemeen economisch belang strenger is dan het regime inzake het vrije dienstenverkeer uit de Richtlijn en ook dan die van het algemene verdragsregime. Zoals reeds opgemerkt, bestaat er geen duidelijke verklaring voor dit verschil. Al met al moet daarom geconcludeerd worden dat de Dienstenrichtlijn geen coherente benadering van de problematiek van de diensten van algemeen economisch belang heeft geïntroduceerd.

3. De rechtspraak over art. 86 lid 2 EG

Om een goed inzicht te krijgen in de problematiek van de relatie tussen de Dienstenrichtlijn en de diensten van algemeen economisch belang is het zinvol om de rechtspraak over art. 86 lid 2 EG te bespreken. In deze paragraaf wordt niet *in extenso* op deze jurisprudentie ingegaan,⁶⁴ maar worden alleen die onderwerpen besproken die met het oog op de richtlijn van belang zijn. Onderzocht wordt hoe het concept van diensten van algemeen economisch belang zich in grote lijnen heeft ontwikkeld. Ook komt de verhouding tussen art. 86 lid 2 EG en harmonisatiemaatregelen van de EG (zoals de Dienstenrichtlijn zelf) aan de orde. Tevens wordt kort stilgestaan bij de wijze waarop diensten van algemeen economisch belang zijn verwerkt in de Nederlandse Mededingingswet.

3.1. De ontwikkeling van de rechtspraak over art. 86 lid 2 EG

De kern van art. 86 lid 2 EG is dat een nationale overheid aan bepaalde ondernemingen een speciale taak kan toevertrouwen, waardoor op deze ondernemingen de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer, de mededinging en steun niet onverkort van toepassing zijn, mits voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Uit de jurisprudentie blijkt dat de in deze bepaling vervatte exceptie zowel gericht is aan de lidstaten als aan de ondernemingen aan wie een bijzondere taak is toevertrouwd.⁶⁵ Dit betekent dat dergelijke ondernemingen met een beroep op art. 86 lid 2 EG kunnen ontsnappen aan bijvoorbeeld de toepassing van het kartelverbod of het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie, terwijl de nationale wetgever bepaalde schendingen van de bepalingen inzake vrij verkeer of van art. 86 lid 1 eveneens kan rechtvaardigen met een beroep

op de exceptie van de diensten van algemeen economisch belang.

3.1.1. DE DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG MOET DOOR DE OVERHEID ZIJN OPGEDRAGEN

Om met succes een beroep te kunnen doen op art. 86 lid 2 EG is het van belang dat aan een onderneming door de overheid een dienst van algemeen economisch belang is opgedragen.⁶⁶ In beginsel wordt ervan uitgegaan dat een dergelijke taak wordt opgedragen bij wet of besluit van een overheidsorgaan.⁶⁷ Uit de rechtspraak blijkt echter dat een bijzondere taak eveneens mag worden toegekend door middel van een contract of een samenstel van plannen, wettelijke bepalingen en regelingen.⁶⁸ Uit de overheidsbemoedienissen met bepaalde ondernemersactiviteiten kan voortvloeien dat de onderneming in kwestie belast is met een speciale taak.⁶⁹ Wel moet dan op een of andere manier duidelijk gemaakt worden dat een overheidsinstantie besloten heeft deze taak toe te kennen aan één of meer specifieke ondernemingen. Niet ontkend kan worden dat een lidstaat een zeker risico neemt indien hij de dienst van algemeen economisch belang opdraagt op een impliciete wijze en niet door middel van een expliciet besluit of wettelijke maatregel. In paragraaf 2.2.2 van dit preadvies is aan de orde geweest dat de Dienstenrichtlijn in randnummer 70 eist dat de toewijzing geschiedt bij één of meer besluiten. Deze eis is op het eerste gezicht enigszins strenger dan de in de rechtspraak gehanteerde criteria. Naar mijn mening is een verdragsconforme interpretatie van de richtlijn echter mogelijk:⁷⁰ de woorden 'een of meer besluiten' kunnen zo worden geïnterpreteerd dat ze ook het samenstel van plannen, contracten, wettelijke bepalingen en regelingen omvatten. Het (eveneens in randnummer 70 van de considerans van de richtlijn genoemde) vereiste dat het toewijzingsbesluit een nauwkeurige specificatie van de aard van de speciale taak moet geven, is ook niet zo streng in de rechtspraak vastgelegd. Toch is een verdragsconforme interpretatie hier ook mogelijk, nu uit de rechtspraak van het Hof voortvloeit dat duidelijk is dat de betrokken onderneming in ieder geval krachtens het

⁶⁴ Zie voor een overzicht van deze rechtspraak bijvoorbeeld J.L. Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (Former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford: 1999, p. 271 e.v.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld zaak C-179/90, *Porto di Genova*, Jur. 1991, p. I-5889 en zaak C-157/94, *Commissie/Nederland*, Jur. 1997, p. I-5699. Zie ook J.L. Buendia Sierra, a.w., p. 288 e.v.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld J.J.M. Sluijs, a.w., p. 49-51 en p. 188 en 189 en J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, 'Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 het cruciale jaar?', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: 2001, p. 329 en 330.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld zaak 127/73, *BRT II*, Jur. 1974, p. 313.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld zaak C-393/92, *Almelo*, Jur. 1994, p. I-1501 en zaak C-203/96, *Dusseldorp*, Jur. 1998, p. I-4075.

⁶⁹ W.T. Algera & J.J.M. Sluijs, 'Marktordening in de gezondheidszorg', *SEW* 2007, 90, p. 187.

⁷⁰ Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat secundaire communautaire regelgeving in overeenstemming met het EG-Verdrag moet worden geïnterpreteerd. Zie onder andere zaak C-47/90, *Delhaize*, Jur. 1992, p. I-3669. Zie ook K.J.M. Mortelmans, 'The Relationship between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule', *CML Rev.* 2002, p. 1324.

publiekrecht over een speciale taak dient te beschikken. De vraag blijft echter hoe streng de bewoordingen van een nauwkeurige specificatie moeten worden ingekleurd.

3.1.2. HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL EN DE DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

Naast het opdragen van de dienst van algemeen economisch belang is ook het proportionaliteitsbeginsel van belang. In de oude rechtspraak vulde het Hof de toetsing aan dit beginsel in de context van art. 86 lid 2 EG tamelijk strikt in. Deze wijze van toetsing was sterk vergelijkbaar met de werkwijze die het Hof hanteerde met betrekking tot het vrije verkeer.⁷¹ Nagegaan werd of de te bereiken doelstelling ook kon worden gerealiseerd door een minder beperkende maatregel.⁷² Deze strikte toepassing van het proportionaliteitsbeginsel bij diensten van algemeen economisch belang heeft het Hof echter losgelaten.⁷³

Zoals reeds aan de orde is geweest, wordt thans bij een beroep op art. 86 lid 2 EG onderzocht of de onderneming in kwestie de opgedragen taak niet onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan verrichten zonder beperking van de mededinging of het vrije verkeer. Dit uitgangspunt is door het Hof voor het eerst geformuleerd in het arrest Corbeau.⁷⁴ Sinds dit arrest hanteert het Hof de test van de economisch aanvaardbare omstandigheden, die lidstaten meer ruimte geeft om de met de diensten van algemeen economisch belang verbonden doelstellingen te realiseren.⁷⁵ Overigens moet niet uit het oog worden verloren dat een belangrijke consequentie van het Corbeau-arrest is dat een lidstaat wel een exacte reden moet aantonen (namelijk het handhaven van financiële stabiliteit) om een bepaalde mededingingsbeperking onder art. 86 lid 2 EG te kunnen rechtvaardigen.⁷⁶

Het arrest Corbeau is de standaard voor de proportionaliteitstoets van art. 86 lid 2 EG geworden. Dit arrest is evenwel ook exemplarisch voor het type casusposities waarin de exceptie van de diensten van algemeen economisch belang wordt gehanteerd. De wijze waarop de organisatie van de postbezorging was vormgegeven, stond in deze zaak centraal. Het ging hier dus om een casuspositie in een netwerksector. Het opvallende is nu dat de rechtspraak van het Hof over art. 86 lid 2 EG met name in dergelijke sectoren tot ontwikkeling is gekomen.⁷⁷ Uit deze connectie met de netwerksectoren vloeit voort dat de toepassing van art. 86 lid 2 EG-Verdrag hoofdzakelijk is toegespitst op problemen van *cherry picking*.⁷⁸ Door bij de toepassing van deze verdragsbepaling de nadruk op de economisch aanvaardbare omstandigheden te leggen, worden ondernemingen die investeringen hebben gedaan voor een landelijk dekkende dienstverlening, bijvoorbeeld op het terrein van postbezorging, energievoorziening, waterdistributie of afvalverwerking, beschermd tegen ondernemingen die zich vooral toeleggen op activiteiten die onder de meest rendabele omstandigheden worden verricht. Vooral ondernemingen uit netwerksectoren worden geconfronteerd met de problematiek van *cherry picking*: ondernemingen die niet belast zijn met universeledienstverlening en zich alleen toeleggen op economisch rendabele activiteiten (postbezorging in grote steden of elektrici-

teitsvoorziening aan grootgebruikers in industriële gebieden), kunnen immers de uitvoering van een taak van algemeen economisch belang in deze sectoren ernstig in gevaar brengen.⁷⁹ In dit verband moet gewezen worden op het arrest Corisca Ferries France.⁸⁰ In dit arrest heeft het Hof erkend dat het belang van de universeledienstverlening bepaalde concurrentiebeperkingen rechtvaardigt.⁸¹

In meer recente rechtspraak heeft het Hof art. 86 lid 2 EG-Verdrag echter ook toegepast buiten netwerksectoren. In de zaak Ambulanz Glöckner,⁸² bijvoorbeeld, viel het alleenrecht om EHBO-diensten te verrichten in zowel spoedeisende gevallen als in niet-urgente gevallen onder art. 86 lid 2 EG-Verdrag, daar voorkomen moest worden dat bepaalde ondernemers alleen vervoer per ambulance zouden aanbieden voor niet-urgente gevallen in stedelijke gebieden, zodat de onderneming belast met het totale ambulancevervoer zijn diensten in urgente gevallen tijdens nachtelijke uren niet meer rendabel kon aanbieden.⁸³ Daarnaast accepteerde het Hof in de Brentjens-rechtspraak⁸⁴ het alleenrecht van particuliere pensioenfonds om in bepaalde bedrijfstakken een pensioenvoorziening aan te bieden, daar voorkomen moest worden dat door het vertrek van de 'goede risico's', waardoor het pensioenfonds met slechte risico's zou blijven zitten, bedrijfstakpensioenfonds niet meer onder economisch aanvaardbare omstandigheden zouden kunnen worden aangeboden.

Naar mijn mening vergroot deze verbreding van de toepassing van de exceptie van de taak van algemeen

71 J.L. Buendia Sierra, a.w., p. 303 en 304.

72 Zie bijvoorbeeld r.o. 22 van zaak 18/88, *GB-INNO-BM*, *Jur.* 1991, p. 1-5941.

73 Zie bijvoorbeeld ook J. Baquero Cruz, 'Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law', in: G. de Búrca (red.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford: 2005, p. 193-198; C. Cicoria, *Nonprofit Organizations Facing Competition. The Application of United States, European and German Competition Law to Not-for-Profit Entities*, Frankfurt am Main: 2006, p. 179 en 180; H.E. Akyürek-Kievits, a.w., p. 51 en 52 en N. Nolte, a.w., p. 91 en 92.

74 Zie r.o. 16 van zaak C-320/90, *Corbeau*, *Jur.* 1993, p. 1-2533.

75 Vergelijk in dit verband o.a. H. Schweitzer, *Daseinsvorsorge, 'service public', Universaldienst*. Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und die Liberalisierung in den Sektoren Telekommunikation, Energie und Post, Baden-Baden: 2001, p. 170 en S. Billinger, a.w., 2001, p. 179.

76 J. Temple Lang, 'Privatisation of Social Welfare: European Union Competition Law Rules': in: M. Dougan & E. Spaventa (red.), *Social Welfare and EU law*, Oxford: 2005, p. 62.

77 Zie ook N. Wimmer & A. Kahl, *Die öffentlichen Unternehmen im freien Markt*, Wenen: 2001, p. 63 en 64.

78 Zie J.W. van de Gronden, 'State and Private Initiative in the Internal Market', *Legal Issues of Economic Integration* 2006, p. 125. Vergelijk in dit verband ook T. Prosser, 'Competition and Public Services: From Single Market to Citizenship?', *European Public Law* 2005, p. 552.

79 Zie bijvoorbeeld zaak C-393/92, *Almelo*, *Jur.* 1994, p. 1-1477 en gevoegde zaken C-147/97 en C-148/97, *Deutsche Post*, *Jur.* 2000, p. 1-825.

80 Zaak C-266/96, *Corsica Ferries France*, *Jur.* 1998, p. 1-3949.

81 Zie hierover M. Ross, 'Article 16 EC and services of general interest: from derogation to obligation?', *ELR* 2000, p. 27 e.v. en W. Devroe, "'Universele dienstverlening" als nieuwe manier van denken', *SEW* 2000, p. 91 en 92.

82 Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, p. 1-8089.

83 Zie in dit verband C. Cicoria, a.w., p. 179 en 180.

84 Zaak C-67/96, *Albany*, gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens* en zaak C-219/97, *Drijvende bokken*, *Jur.* 1999, p. 1-6025 en volgende.

economisch belang voor nationale overheden de mogelijkheden om diensten van algemeen economisch belang te realiseren. In het EG-recht wordt het blijkbaar geaccepteerd dat dergelijke diensten ook een rol spelen buiten de netwerksectoren.

Vooralsnog is de rechtspraak over art. 86 lid 2 EG-Verdrag echter inhoudelijk niet toegesneden op andere problemen dan die van *cherry picking*. In deze rechtspraak wordt geen rekening gehouden met ander marktfalen. Uit de zaak Wouters⁸⁵ blijkt tot welke consequenties dit aanleiding kan geven. In deze zaak was de vraag aan de orde of de afspraken die advocaten in het kader van de NOVA hadden gemaakt met het oog op deontologie, geoorloofd waren in het licht van art. 81 lid 1 EG. Hoewel de advocaat-generaal voorstelde om deze vraag (in beginsel) positief te beantwoorden met toepassing van art. 86 lid 2 EG,⁸⁶ koos het Hof voor een andere en in mijn ogen meer gecompliceerde oplossing. De afspraken werden, hoewel zij een concurrentiebeperkend effect hadden, niet in strijd met art. 81 lid 1 EG geoordeeld, omdat de door deze afspraken veroorzaakte beperkingen beschouwd werden als inherent aan het goed functioneren van het beroep van de advocaat.⁸⁷ Naar mijn mening was het voor het Hof bezwaarlijk om art. 86 lid 2 EG toe te passen in de Wouters-zaak, omdat de problemen die hier speelden niet hun oorzaak vonden in de problematiek van *cherry picking*, maar verband hielden met de problematiek die ook bij andere vrijeberoepsbeoefenaren aan de orde is, namelijk de informatieasymmetrie. Al met al moest het Hof zijn toevlucht zoeken tot de ontwikkeling van een benadering die moeilijk in te passen is in de algemene structuur van het mededingingsrecht.

Niet alleen de Wouters-zaak, maar ook de discussie die naar aanleiding van de Dienstenrichtlijn is ontstaan, toont aan dat het toespitsen van het concept diensten van algemeen economisch belang alleen op *cherry picking* een te beperkte benadering is. Het waren juist de zorgen over het functioneren van de meer niet-economische sectoren, zoals zorg, die aanleiding gaven tot weerstand tegen de Dienstenrichtlijn.⁸⁸ Het resultaat hiervan is geweest dat (nagenoeg) de totale zorgsector is uitgezonderd van de reikwijdte van de richtlijn.⁸⁹ In een sector als de zorg, maar ook die van het onderwijs, doet zich vaak ander marktfalen voor dan *cherry picking* (zoals bijvoorbeeld problemen betreffende informatieasymmetrie). Om af te wegen of diensten van algemeen economisch belang, die in deze sector verricht worden,⁹⁰ een bepaalde beperking van de mededinging of het vrije verkeer noodzakelijk maken, is dan een ander beoordelingskader nodig dan die van de economisch aanvaardbare omstandigheden.

Voorts wordt mijns inziens met een toepassing van art. 86 lid 2 EG ter oplossing van andere marktproblemen dan die van *cherry picking* recht gedaan aan art. 16 EG-Verdrag,⁹¹ waarin de EG en de lidstaten worden opgedragen zorg te dragen voor het adequate functioneren van diensten van algemeen economisch belang. Al met al neemt het concept van de diensten van algemeen economisch belang een prominente plaats in het EG-recht in.⁹²

De verbreding van art. 86 lid 2 EG-Verdrag vereist op zijn beurt echter wel een verbreding van de formulering van het proportionaliteitsbeginsel, zoals dat sinds het arrest

Corbeau door het Hof wordt gehanteerd. Hierop kom ik terug aan het slot van mijn bijdrage.

3.2. *Harmonisatie en diensten van algemeen economisch belang*

Art. 86 lid 2 EG machtigt lidstaten om af te wijken van de algemene verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer, mededinging en staatssteun. Welke rol speelt deze verdragsbepaling echter in zaken waarin richtlijnen en verordeningen aan de orde zijn? Wat is, met andere woorden, de verhouding tussen art. 86 lid 2 EG en harmonisatie?

Deze vraag was aan de orde in zaak C-206/98.⁹³ België had zijn basisstelsel betreffende arbeidsongevallen privaatrechtelijk vormgegeven. Omdat de arbeidsongeschiktheidsverzekeringen door private verzekeraars voor eigen risico werden aangeboden, was de Commissie van mening dat dit nationale stelsel onder de reikwijdte van de Schaderichtlijnen viel. De Belgische regering was het hier niet mee eens en betoogde onder andere dat haar stelsel op grond van art. 86 lid 2 EG buiten de reikwijdte van deze richtlijnen kon worden gehouden. Met dit verweer maakte het Hof echter korte metten. Volgens deze Gemeenschapsrechter kan deze bepaling niet worden ingeroepen '(...) wanneer het een gebied betreft waarop een harmonisatie heeft plaatsgehad, zoals in casu, in het kader waarvan de Gemeenschapswetgever de door de Belgische regering aangevoerde algemene belangen in aanmerking heeft genomen, en wanneer dit in tegenpraak zou zijn met de geharmoniseerde regels'.⁹⁴ Het Hof transposeerde hier in feite de zogenoemde 'Tedeschi-regel', die ontwikkeld is voor de excepties van de Rule of Reason en de verdragsexcepties inzake het vrije verkeer, naar het domein van art. 86 lid 2 EG. Volgens deze regel, die het Hof ooit in het arrest *Tedeschi*⁹⁵ formuleerde, mogen lidstaten, indien een gemeenschappelijke regeling (die met het oog op het goede functioneren van de interne markt is vastgesteld) voorziet in de bescherming van een bepaald algemeen belang, niet van

85 Zaak C-309/99, *Wouters*, Jur. 2002, p. I-1577.

86 Zie randnummers 170 t/m 201 van de Conclusie van A-G Léger in de zaak Wouters.

87 Zie r.o. 97 t/m 110 van het arrest van het Hof in de zaak Wouters.

88 Zie in dit verband bijvoorbeeld het verslag van het Europese parlement van de Openbare hoorzitting 'Diensten op de interne markt' van 11 november 2004. (Te raadplegen op: http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services_directive/summaryhearing041111_cm12_nl.pdf).

89 Zie art. 2 lid 2 sub f Dienstenrichtlijn.

90 Indien onderdelen van sectoren op het terrein van bijvoorbeeld de zorg, het onderwijs en volkshuisvesting worden geliberaliseerd, kunnen bepaalde algemene diensten in deze sectoren economisch van karakter worden, zodat de bepalingen inzake het vrije verkeer en het mededingingsrecht van toepassing zijn.

91 Zie over deze verdragsbepaling, die door het Verdrag van Amsterdam in het EG-Verdrag is geïntroduceerd, bijvoorbeeld M. Ross, a.w., p. 22 e.v.

92 Zie P.J. Slot, 'A View from the Mountain: 40 Years of Developments in EC Competition Law', *CML Rev.* 2004, p. 456-458.

93 Zaak C-206/98, *Commissie/België*, Jur. 2000, p. I-3509.

94 Zie r.o. 45 van het arrest van het Hof in zaak C-206/98.

95 Zaak 5/77, *Tedeschi*, Jur. 1977, p. 1555. Zie in dit verband bijvoorbeeld ook zaak C-5/94, *Hedley Lomas*, Jur. 1996, p. I-2553; zaak C-350/97, *Monsees*, Jur. 1999, p. I-2921; zaak 1/96, *Compassion*, Jur. 1997, p. I-1251 en zaak C-241/01, *National Farmers' Union*, Jur. 2002, p. I-9079.

deze regeling afwijken met een beroep op excepties die in het kader van het vrije verkeer zijn ontwikkeld. Deze benadering geldt dus ook voor diensten van algemeen economisch belang. Zodra een bepaalde dienst van algemeen economisch belang voorwerp is geworden van een regeling, vastgelegd in een EG-richtlijn of -verordening, kunnen lidstaten geen beroep meer doen op art. 86 lid 2 EG. In welke mate nationale wetgevers met het oog op een bepaalde dienst van algemeen economisch belang nog mogen afwijken van het (markt)regime dat in de desbetreffende richtlijn of verordening is vastgelegd, hangt van deze richtlijn of verordening zelf af. In hoeverre geeft deze communautaire regeling de lidstaten de bevoegdheid tot derogatie?

Een vergelijkbare benadering hanteerde het Hof in de voor Nederland belangrijke zaak Vereniging voor Energie, Milieu en Water.⁹⁶ Aan de orde was de vraag of de elektriciteitsbedrijven die vroeger waren verenigd in SEP en toen geacht werden belast te zijn met diensten van algemeen economisch belang, mochten afwijken van de Elektriciteitsrichtlijn. Op grond van de nationale wetgeving werd een deel van de importcapaciteit van elektriciteit bij voorrang aan de voormalige SEP-ondernemingen toegewezen. Op deze wijze werden zij in staat gesteld om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeiden uit de internationale contracten die zij onder het regime van de oude Elektriciteitswet 1989 (welke wet vervangen was door de Elektriciteitswet 1998) nog hadden gesloten. Het oude regime had de SEP-ondernemingen echter nog belast met de taak zorg te dragen voor het betrouwbaar en doelmatig functioneren van de landelijke openbare elektriciteitsvoorziening tegen zo laag mogelijke kosten en op maatschappelijk verantwoorde wijze. De moeilijkheden waartoe de naleving van de oude internationale contracten aanleiding gaven, stonden bekend als de problematiek van de bakstenen.⁹⁷

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven stelde prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van deze prioritaire toegang met art. 86 lid 2 EG en de oude Elektriciteitsrichtlijn.⁹⁸ Hoewel het College in zijn prejudiciële verwijzing expliciet aan art. 86 lid 2 EG refereerde en de advocaat-generaal in zijn conclusie vrijwel alleen op deze bepaling inging, toetste het Hof niet aan dit artikel, maar alleen aan de (toen van kracht zijnde) Elektriciteitsrichtlijn; de reden hiervoor is ongetwijfeld dat op art. 86 lid 2 EG vanwege de Tedeschi-regel blijkbaar geen beroep meer gedaan kon worden.⁹⁹ Het Hof ging er blijkbaar van uit dat de Elektriciteitsrichtlijn volledige harmonisatie bevatte en toetste vervolgens de Nederlandse regeling van prioritaire toegang voor de voormalige SEP-bedrijven aan art. 24 van de richtlijn, dat ging over nationale overgangsmaatregelen. Om gebruik te maken van de mogelijkheden van deze bepaling, zou Nederland een ontheffingsaanvraag bij de Commissie moeten hebben ingediend. Omdat dit niet was gebeurd, werd het Nederlandse beleid in strijd met de Elektriciteitsrichtlijn geoordeeld.¹⁰⁰

Al met al is duidelijk dat het arrest van het Hof in de zaak Vereniging voor Energie, Milieu en Water de lijn van de eerdere uitspraak van het Hof over de Schaderichtlijnen bevestigt. De zogenoemde Tedeschi-regel is ook van toepassing op art. 86 lid 2 EG. Zodra een bepaalde aangelegenheid wordt geharmoniseerd, kan het concept

van de diensten van algemeen economisch belang alleen nog een rol spelen, indien dit uitdrukkelijk wordt geregeld in de desbetreffende richtlijn of verordening. In hoeverre zij met het oog op deze taak kunnen afwijken van het (markt)regime dat geïntroduceerd is door een bepaalde Gemeenschapsregeling, hangt af van de Gemeenschapsregeling in kwestie.

3.3. *Diensten van algemeen economisch belang in de Mededingingswet*

Aangezien de Nederlandse Mededingingswet nauw aansluit bij het Europese kartelrecht, zijn in deze wet ook bepalingen opgenomen die betrekking hebben op diensten van algemeen economisch belang. De Mededingingswet bevat evenwel geen bepalingen zoals art. 86 lid 1 EG, die rechtstreeks aan de overheid zijn gericht. (Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was het wetsvoorstel betreffende de problematiek van Markt en Overheid nog niet ingediend bij de Tweede Kamer.) De excepties voor diensten van algemeen economisch belang uit de Mededingingswet zijn daarom alleen gericht aan ondernemingen.

Op drie plaatsen in de Mededingingswet zijn bepalingen met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang opgenomen: voor kartels in art. 11, voor misbruik van economische machtsposities in art. 25 en voor concentraties in art. 41 lid 3. Net zoals art. 86 lid 2 EG-Verdrag is art. 11 Mw vormgegeven als een vrijstelling die 'rechtstreeks toepasselijk' is. De bewoordingen van de nationale bepalingen zijn overigens niet precies hetzelfde als die van de Europese verdragsbepaling, maar weerspiegelen wel de rechtspraak van het Hof. Art. 11 Mw bepaalt met zoveel woorden dat een kartel geoorloofd is indien hierbij ten minste een onderneming betrokken is die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan belast is met het beheer van een taak van algemeen economisch belang. Zoals reeds aan de orde is geweest, ontbreekt het criterium van het belast zijn *bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan* in de verdragstekst, maar is deze ontwikkeld in rechtspraak van het Hof.¹⁰¹ Art. 25 gaat over misbruik van machtspositie en diensten van algemeen economisch belang. De manier waarop dit artikel is vormgegeven, verschilt op één punt opvallend van die van art. 11 Mw en art. 86 lid 2 EG-Verdrag. Art. 25 verklaart de NMa bevoegd om ondernemingen een ontheffing te verlenen om misbruik te maken van hun machtspositie indien dat noodzakelijk is voor de vervulling van hun taak van algemeen economisch belang. Hier is dus geen sprake van een vrijstelling, maar van een

96 Zaak C-17/03, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water*, Jur. 2005, p. I-4983.

97 Zie de annotatie van P.J. Slot en H.P.A. Knops bij zaak C-17/03, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water*, *M&M* 2005, p. 226.

98 Richtlijn 96/92/EG over de interne markt voor elektriciteit, *PbEG* 1997 L 27/20.

99 Zie de reeds aangehaalde annotatie van P.J. Slot en H.P.A. Knops, *M&M* 2005, p. 225.

100 Zie voor een kritische bespreking van de interpretatie die het Hof gaf aan art. 24 van de oude Elektriciteitsrichtlijn: de reeds aangehaalde annotatie van P.J. Slot en H.P.A. Knops, *M&M* 2005, p. 226-228.

101 Zie bijvoorbeeld zaak 127/73, *BRT*, Jur. 1974, p. 51 en zaak C-293/92, *Almelo*, Jur. 1994, p. I-1501.

uitsluitende bevoegdheid van de NMa.¹⁰² Voor ondernemingen is het echter bezwaarlijk om een dergelijke ontheffing aan te vragen, aangezien zo'n aanvraag geïnterpreteerd kan worden als een erkenning van het bezit van een machtspositie waarvan misbruik gemaakt wordt.¹⁰³ Het is jammer dat de Mededingingswet op dit punt nog steeds niet in de pas loopt met het EG-mededingingsrecht. Zeker sinds de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1/2003¹⁰⁴ kan deze discongruentie aanleiding geven tot lastige juridische puzzels. Indien machtsmisbruik, afkomstig van een onderneming met een speciale taak, een effect op de tussenstaatse handel heeft, moeten naast art. 24 en 25 Mw ook art. 82 en 86 lid 2 EG worden toegepast.¹⁰⁵ Indien het beleid van deze onderneming gerechtvaardigd kan worden door art. 86 lid 2 EG, is het onder de vigeur van art. 25 Mw toch nog verboden, indien er geen ontheffing door de NMa is verleend. Dit beleid zou dan wel in overeenstemming zijn met het EG-mededingingsrecht, maar niet met het Nederlandse kartelrecht. Nu bepaalt art. 3 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003 wel dat lidstaten strengere regels mogen toepassen op eenzijdige gedragingen, maar deze procedurele toevalligheid lijkt – op zijn minst – niet te passen in de geest van art. 16 EG. De realisering van de opdracht van deze bepaling – die ook aan lidstaten is gericht – om zorg te dragen voor de realisering van diensten van algemeen economisch belang, wordt node-loos bemoeilijkt door art. 25 Mw.

Art. 41 lid 3 Mw dat betrekking heeft op concentraties, kan ook beschouwd worden als een 'ontheffingsmogelijkheid'. Ook deze bepaling is niet rechtstreeks van toepassing, omdat de taak van algemeen economisch belang één van de criteria is waarmee de NMa rekening moet houden bij haar beslissing om al dan niet een vergunning voor een bepaalde concentratie te verlenen.¹⁰⁶ De exceptie ontslaat de ondernemingen niet van hun verplichting om de concentratie in kwestie te melden of om hiervoor een vergunning aan te vragen. Anders dan bij een machtspositie lijkt mij de ontheffingsfiguur in de context van het concentratietoezicht niet bezwaarlijk. Uiteindelijk ontslaat het gegeven dat minstens één van de te fuseren partners een onderneming is, belast met een dienst van algemeen economisch belang, de betrokken ondernemingen ook in het Europese mededingingsrecht niet van de verplichting om hun concentratievoornemen aan te melden (bij de Commissie).

In tegenstelling tot op communautair niveau heeft zich in het Nederlandse mededingingsrecht tot nu toe niet vaak de problematiek van diensten van algemeen economisch belang voorgedaan in zaken die bij de NMa speelden.¹⁰⁷ Vergeleken met de EU is dit aspect van het Nederlandse mededingingsrecht niet ver ontwikkeld.¹⁰⁸

4. Regelgeving van de EU op het terrein van diensten van algemeen economisch belang

Uit de vorige paragraaf bleek dat art. 86 lid 2 EG alleen een rol kan spelen indien er niet (uitputtend) geharmoniseerd is. In hoeverre de diensten van algemeen economisch belang na harmonisatie een rol kunnen spelen, hangt af van de desbetreffende richtlijn of

verordening. Met name in de Gemeenschapswetgeving op het terrein van de liberalisering van netwerksectoren wordt aan deze diensten aandacht besteed.

Hieronder wordt daarom op deze regelgeving ingegaan. Een diepgaande bespreking valt echter buiten het bestek van dit preadvies, dat vooral een analyse van de problematiek van diensten van algemeen economisch belang in het licht van de Dienstenrichtlijn beoogt te geven. Alleen de hoofdlijnen van de bepalingen voor diensten van algemeen economisch belang uit de desbetreffende sectorale communautaire regelgeving komen aan de orde. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de initiatieven die op Gemeenschapsniveau door met name de Commissie ontplooid zijn om te komen tot een algemene regeling voor deze diensten.

4.1. *De bepalingen voor diensten van algemeen economisch belang uit de EG-richtlijnen in netwerksectoren*

In verschillende communautaire regelgeving op het terrein van liberalisering van netwerksectoren heeft de Gemeenschapswetgever bepalingen betreffende diensten van algemeen economisch belang opgenomen. In deze bijdrage worden de relevante bepalingen uit de richt-

¹⁰² Ingeval een onderneming er in rechte of naar aanleiding van handhavende stappen van de NMa mee geconfronteerd wordt dat haar beleid op gespannen voet staat met art. 24 Mw, is zij te laat met haar beroep op art. 25. Zo deed SEP, toen de NMa haar een boete oplegde, zonder succes een beroep op art. 25 Mw, aangezien zij geen schriftelijke aanvraag voor een ontheffing had ingediend. Zie randnummers 120 en 121 besluit van 26 augustus 1999 van de d-g Nma in zaak 650, *Hydro Energy/SEP*.

¹⁰³ Oorspronkelijk was art. 25 ook geformuleerd als een vrijstelling, maar naar aanleiding van het amendement-De Koning c.s. is de tekst van deze bepaling gewijzigd; de indieners van het amendement waren bang dat een vrijstellingsmogelijkheid overheidsondernemingen een vrijbrief zou geven om misbruik te maken van machtsposities. Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 24 707, nr. 23. Deze vrees lijkt mij niet terecht, daar, zo volgt uit vaste rechtspraak, de betrokken overheidsinstanties ook dienen aan te tonen dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste.

¹⁰⁴ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2003 L 1/1.

¹⁰⁵ Zie art. 3 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

¹⁰⁶ M.R. Mok, *Kartelrecht I*, Deventer: 2004, p. 420 en 412 (vijfde druk).

¹⁰⁷ Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op een zaak waarbij woningbouwcoöperaties waren betrokken. In deze zaak, die bij de NMa speelde, verzuimden de Amsterdamse woningbouwcoöperaties aan te geven waarom het kartelverbod de uitvoering van de aan hen toevertrouwde taak zou verhinderen. Zie randnummers 59 t/m 61 besluit van de d-g NMa van 4 maart 1999 in zaak 553, *Amsterdamse Federatie van Woningbouwcoöperaties*. Overigens werd aan de woningbouwcoöperaties een ontheffing verleend. (Deze zaak komt uit het 'pre-moderniseringstijdperk'.) In de Telegraaf-zaak kwam eveneens de kwestie van de taak van algemeen economisch belang – even – aan de orde. In deze zaak wees de NMa het beroep af dat de NOS deed op deze exceptie. Zie randnummers 8.1 t/m 8.8 besluit van de d-g NMa van 10 september 1998 in zaak 1 *Telegraaf/NOS en HMG*.

¹⁰⁸ In dit verband moet gewezen worden op het rapport van de Algemene Rekenkamer, 'Toezicht op mededinging door de NMa', *Kamerstukken II 2006/07*, 31 055, nr. 2, p. 67 en 68. Hier wordt gesteld dat de NMa niet vaak publieke belangen betreft in zijn oordeelsvorming. Hieruit blijkt ook dat de NMa thans onderzoekt of zij een afwegingskader voor de verhouding tussen de mededingingsregels en de publieke belangen moet ontwikkelen en hoe zij de communicatie over de rol die deze belangen in haar besluitvorming speelt, kan verbeteren.

lijnen betreffende gas, elektriciteit, telecommunicatie en postdiensten kort besproken, omdat deze regelingen lidstaten verplichten tot ingrijpende liberaliseringsmaatregelen. Andere regelingen, zoals die op het terrein van het vervoer, blijven daarom buiten beschouwing.

In paragraaf 2 is aangegeven dat een aantal diensten van algemeen economisch belang geen diensten in de zin van art. 50 EG zijn, maar goederen in de zin van art. 28 EG. Desalniettemin wordt hieronder de EU-regelgeving voor gas en elektriciteit (die gekwalificeerd dienen te worden als goederen) besproken, omdat zo een goed inzicht wordt verkregen in de reeds bestaande communautaire wettelijke kaders voor diensten van algemeen economisch belang. Om deze reden wordt ook de Gemeenschapsregelgeving voor telecommunicatie besproken, ook al is deze uitgezonderd van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.¹⁰⁹

4.1.1. GAS

De Gasrichtlijn¹¹⁰ bepaalt in art. 3 dat de lidstaten openbaredienstverplichtingen aan gasbedrijven mogen opleggen. Deze verplichtingen kunnen betrekking hebben op de zekerheid, met inbegrip van voorzienings- en leveringszekerheid, regelmaat, kwaliteit en prijs van de leveringen, alsmede milieubescherming (waaronder begrepen energie-efficiëntie en klimaatbescherming). Voorts wordt bepaald dat deze verplichtingen duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controlebaar dienen te zijn, waarbij de gelijke toegang van EU-aardgasbedrijven tot nationale consumenten gewaarborgd moet zijn. Om de universeledienstverlening te waarborgen, mogen de lidstaten een noodleverancier aanwijzen. Dat leveringsvoorziening een gewichtig belang is, vloeit ook voort uit art. 5, dat de lidstaten opdraagt aangelegenheden betreffende de leverings- en voorzieningszekerheid te monitoren. Voorts moeten lidstaten maatregelen nemen die een hoog niveau van consumentenbescherming waarborgen. Een belangrijk onderdeel van deze consumentenbescherming is dat afnemers in afgelegen gebieden eveneens worden aangesloten op het systeem van gasvoorziening. Ook op het terrein van milieubescherming, alsmede sociale en economische samenhang, moeten dergelijke maatregelen worden getroffen. Daarnaast mogen lidstaten bepalen dat bepaalde liberaliseringsverplichtingen niet van toepassing zijn, indien het ondernemingen die belast zijn met een taak van algemeen economisch belang zou verhinderen in de uitoefening van hun taak. Hierbij wordt uitdrukkelijk verwezen naar art. 86 EG.

4.1.2. ELEKTRICITEIT

De Elektriciteitsrichtlijn¹¹¹ bevat vergelijkbare bepalingen als de Gasrichtlijn. Ook het derde artikel van de Elektriciteitsrichtlijn stelt dat lidstaten aan elektriciteitsbedrijven openbaredienstverplichtingen mogen opleggen, en bepaalt op vergelijkbare wijze als de Gasrichtlijn waaruit deze verplichtingen kunnen bestaan. Overigens schrijft de Elektriciteitsrichtlijn uitdrukkelijk voor dat de verdragsbepalingen, met name die van art. 86 lid 2 EG, in acht moeten worden genomen. Een ander belangrijk verschil is dat lidstaten moeten waarborgen dat aan alle huishoudelijke afnemers en, indien dit noodzakelijk wordt geacht, ook kleine ondernemingen, elektriciteit

wordt geleverd. Indien een lidstaat besluit met het oog op de uitvoering van een openbaredienstverplichting financiële compensatie toe te kennen, moet dit geschieden op een niet-discriminerende en transparante wijze. Uitdrukkelijk draagt art. 3 Elektriciteitsrichtlijn de lidstaten op de afnemers te beschermen, en zeker kwetsbare groepen zoals consumenten die woonachtig zijn in afgelegen gebieden. In het voorschrijven wat deze consumentenbescherming inhoudt, gaat de Elektriciteitsrichtlijn een stapje verder dan de Gasrichtlijn, daar lidstaten verplicht worden afnemers te helpen voorkomen dat de elektriciteitsvoorziening wordt onderbroken.¹¹² Om de universeledienstverlening te waarborgen, mogen de lidstaten overigens een noodleverancier aanwijzen.

In het licht van het voorafgaande wekt het geen verwondering dat lidstaten krachtens art. 4 Elektriciteitsrichtlijn voldoende toezicht moeten houden op aangelegenheden betreffende de voorzieningszekerheid. Daarnaast moet een lidstaat er volgens art. 3 lid 5 voor zorgen dat een consument daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om op een nieuwe leverancier over te stappen. De afnemer moet, met andere woorden, in staat gesteld worden zijn rechten die zij of hij aan de introductie van concurrentie kan ontnemen, ook daadwerkelijk te verzilveren. Evenals in de Gasrichtlijn wordt in de Elektriciteitsrichtlijn gesteld dat de lidstaten passende maatregelen moeten treffen ter realisering van doelstellingen inzake sociale en economische samenhang, alsmede milieubescherming. Voorts behoeven bepaalde liberaliseringsverplichtingen geen toepassing te vinden indien dit ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang zou beletten deze taak uit te voeren. Uitdrukkelijk verwijst de Elektriciteitsrichtlijn in dit verband naar art. 86 EG.

In dit verband moet nog gewezen worden op Richtlijn 2005/89/EG.¹¹³ Deze richtlijn draagt de lidstaten op om maatregelen te nemen ter waarborging van de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen.

Tot slot van deze subparagraaf moet opgemerkt worden dat het opvallend is dat noch de Gasrichtlijn, noch de Elektriciteitsrichtlijn in het kader van de openbaredienstverplichtingen stelt dat deze verplichtingen moeten worden opgelegd aan één of meer bepaalde ondernemingen. Impliciet lijkt derhalve de mogelijkheid opgehouden te worden dat een onbepaalde groep deze verplichting krijgt opgelegd. In dit verband moet evenwel niet uit het oog worden verloren dat in oligopolistische sectoren,

¹⁰⁹ Zie art. 2 lid 2 sub c Dienstenrichtlijn.

¹¹⁰ Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, *PbEG* 2003 L 176/57.

¹¹¹ Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *PbEG* 2003 L 176/37.

¹¹² Als verklaring voor dit verschil wordt gegeven dat gas, anders dan elektriciteit, tot bepaalde hoogte kan worden vervangen door een andere energiebron. Zie H. Nyssens & D. Schnichels, *Special Sectors: Energy*, in Faull en Nickpay, (red.) *The EC Law of Competition*, Oxford: 2007, p. 1388.

¹¹³ Richtlijn 2005/89/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 januari 2006 inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen, *PbEU* 2006 L 33/22.

zoals gas en elektriciteit, een relatief klein aantal ondernemingen actief is, gezien de omvangrijke toetredingsbarrières.

4.1.3. TELECOMMUNICATIE

Voor de sector van Telecommunicatie heeft de Gemeenschapswetgever ervoor gekozen een volledige richtlijn voor de problematiek van de universeledienstverlening in het leven te roepen: de Universeledienstrichtlijn.¹¹⁴ Het doel van de richtlijn is dat '(...) door middel van daadwerkelijke mededinging en keuzevrijheid in de gehele Gemeenschap diensten van hoge kwaliteit tegen een betaalbare prijs algemeen beschikbaar zijn, en maatregelen vast te stellen voor situaties waarin de markt niet op bevredigende wijze in de behoeften van eindgebruikers voorziet'.¹¹⁵ In de richtlijn worden de rechten geregeld van eindgebruikers en de daarmee corresponderende plichten van ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten aanbieden. Voor het leveren van de universele dienst op open en concurrerende markten wordt een minimumpakket van diensten van gespecificeerde kwaliteit vastgelegd. Tot dit pakket hebben alle eindgebruikers toegang tegen een in het licht van de specifieke nationale omstandigheden betaalbare prijs, zonder dat deze toegang leidt tot concurrentievervalsing. De richtlijn omschrijft waar de universele diensten op het terrein van telefonie uit bestaat (bijvoorbeeld aanbieding van toegang op een vaste locatie). Krachtens art. 8 Universeledienstrichtlijn mogen lidstaten één of meer ondernemingen aanwijzen voor de uitvoering van de universeledienstverplichting. Voor een dergelijke aanwijzing dient echter een transparante en non-discriminatoire procedure te worden gevolgd, waarin geen enkele onderneming op voorhand van aanwijzing is uitgesloten. Elke telecommunicatieonderneming kan dus naar deze taak meedingen. Tevens is, net zoals bij de richtlijnen op het terrein van elektriciteit en gas, niet uitdrukkelijk uitgesloten dat aan een open groep van ondernemingen een openbardienstverplichting wordt opgedragen. Indien het belasten met een openbardienstverplichting leidt tot een onredelijke verplichting mogen de lidstaten een financieringsmechanisme in het leven roepen.¹¹⁶ Deze moet evenwel gebaseerd zijn op beginselen van transparantie, minimale vervalsing van de markt, niet-discriminatie en evenredigheid.

4.1.4. POST

De liberalisering van de postsector is geregeld in de Postrichtlijn.¹¹⁷ Art. 3 van deze richtlijn draagt de lidstaten op zorg te dragen voor de universeledienstverlening in de postsector. In de richtlijn is gedefinieerd welke postdiensten hieronder vallen. Volgens het vierde lid van art. 3 moeten de lidstaten ervoor zorgen dat de universele dienst ten minste het volgende omvat: a. het ophalen, het sorteren, het vervoeren en de distributie van postzendingen tot 2 kg; b. het ophalen, het sorteren, het vervoeren en de distributie van postpakketten tot 10 kg; c. de diensten in verband met aangetekende zendingen en zendingen met aangegeven waarde. De lidstaten hebben voorts het recht, indien dit noodzakelijk is met het oog op de realisering van de universeledienstverlening, om de bezorging en verwerking van post met een gewicht van minder dan 350 g voor te behouden aan één

specifieke onderneming.¹¹⁸ De omvang van de universele dienst en de bevoegdheid bepaalde activiteiten voor te behouden overlappen elkaar derhalve niet volledig: de omvang van de universele dienst is veel groter dan de eventueel voor te behouden activiteiten. In de thans van kracht zijnde Postrichtlijn is het verband tussen het opdragen van een universele dienst en het toekennen van exclusieve of bijzondere rechten losgelaten.¹¹⁹

Deze trend wordt voortgezet in het voorstel tot wijziging van de Postrichtlijn.¹²⁰ Volgens het nieuwe art. 7 van dit voorstel mogen lidstaten in de toekomst geen exclusieve of bijzondere rechten op het terrein van postdiensten meer toekennen. Het nieuwe art. 4 bepaalt echter dat elke lidstaat de verlening van universele diensten moet garanderen. In het kader hiervan mogen zij één of meer ondernemingen aanwijzen als aanbieders van deze diensten. Deze aanwijzing kan dus niet gepaard gaan met toekenning van bijzondere of exclusieve rechten. De lidstaten mogen krachtens art. 7 lid 1 wel de verlening van universele diensten op een financiële wijze faciliteren. Zij mogen, zo volgt uit art. 7 lid 3, een mechanisme introduceren om de betrokken ondernemingen te compenseren, dan wel om de nettokosten van de universeledienstverlening te verdelen over de aanbieders en/of gebruikers.¹²¹

4.1.5. EVALUATIE VAN DE SECTORSPECIFIEKE REGELGEVING

Uit het bovenstaande kan het volgende worden afgeleid. In de besproken richtlijnbevestigingen had het concept van dienst van algemeen economisch belang (waaronder begrepen het begrip openbardienstverplichting) een dubbele functie. Niet alleen fungeert het concept als derogatiebepaling (zoals art. 86 lid 2 EG) van het communautaire regime, maar ook als vertrekpunt voor bepaalde verplichtingen. In meer of mindere mate leidt het regelen van diensten van economisch belang in een richtlijn voor netwerksectoren ertoe dat lidstaten verplichtingen met betrekking tot voorzienings- en leveringszekerheid, kwaliteit van de dienstverlening en de tarieven hiervoor krijgen opgelegd. Opvallend is wel dat de termen openbardienstverplichtingen en diensten van algemeen economisch belang door elkaar heen gebruikt worden, zonder dat deze (duidelijk) worden gedefinieerd

¹¹⁴ Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* 2002 L 108/51.

¹¹⁵ Zie art. 1 Universeledienstrichtlijn.

¹¹⁶ Zie art. 13 Universeledienstrichtlijn.

¹¹⁷ Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst, *PbEG* 1997 L 15/14.

¹¹⁸ Zie art. 7 Postrichtlijn.

¹¹⁹ Vergelijk in dit verband V. Visco Comandini, 'The Provision and Funding of Universal Service Obligations in a Liberalized Environment', in: D. Geradin (red.), *The Liberalization of Postal Services in the European Union*, Den Haag: 2002, p. 221.

¹²⁰ Proposal for a Directive amending Directive 97/67 concerning the full accomplishment of the internal market of Community postal services, COM(2006)594 final.

¹²¹ Zie voor een (kritische) analyse van deze alternatieven voor het voorbehouden van bepaalde diensten: V. Visco Comandini, a.w., p. 228-233.

(met uitzondering wellicht van de Postrichtlijn). In ieder geval is duidelijk dat de Gemeenschapswetgever van mening is dat bij de liberalisering van verschillende sectoren de borging van het publieke belang een belangrijk aandachtspunt is en dat deze borging kan worden gerealiseerd door het concept van de diensten van algemeen economisch belang.¹²²

Daarnaast heeft een aantal richtlijnbevestigingen als uitgangspunt dat de lidstaten bevoegd zijn de diensten van algemeen economisch belang aan te wijzen. Indien dit eenmaal gebeurd is, dienen deze diensten wel te voldoen aan meer specifieke verplichtingen (zoals leveringszekerheid etc.), opgenomen in de richtlijn. Er zijn echter ook voorbeelden van richtlijnbevestigingen, waarin de lidstaten verplicht worden bepaalde taken als diensten van algemeen economisch belang aan te wijzen; ook voor de diensten van algemeen economisch belang gelden dan bepaalde specifieke verplichtingen. Ten aanzien van deze diensten hebben de lidstaten dus hun soevereiniteit (gedeeltelijk) verloren. Al met al bestaat er thans op Gemeenschapsniveau reeds secundaire regelgeving die lidstaten verplichtingen op het terrein van diensten van algemeen economisch belang oplegt.

Eveneens is opvallend dat communautaire sectorspecifieke regelgeving in een aantal gevallen het verband tussen bijzondere en exclusieve rechten enerzijds en diensten van algemeen economisch belang anderzijds doorknipt. Het is krachtens deze regelgeving niet noodzakelijk dat de toekenning van een bijzondere taak gepaard gaat met het verlenen van een uitsluitend of bijzonder recht. De communautaire sectorspecifieke regelgeving lijkt eveneens niet uit te sluiten dat aan een open groep van ondernemingen een openbardienstverplichting wordt opgelegd.¹²³ In de rechtspraak is dit (bij mijn weten) nog niet aan de orde geweest. Wel neemt de Commissie in een (hieronder te bespreken) staatssteunbeschikking aan dat dit kan. Deze tendens verruimt het toepassingsbereik van het concept diensten van algemeen economisch belang. Bij wijze van *caveat* moet worden opgemerkt dat op dit punt nog wel de rechtspraak van het Hof moet worden afgewacht. Omdat tegen de genoemde staatssteunbeschikking van de Commissie beroep is aangekend, is een oordeel van het Gerecht (en het Hof) op relatief korte termijn te verwachten.

4.2. *Algemene Europeesrechtelijke ontwikkelingen met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang*

Ook buiten de sectorale Gemeenschapswetgeving is aandacht geweest voor de problematiek van de diensten van algemeen economisch belang. Hieronder worden eerst de communautaire ontwikkelingen besproken die zich op verdragsniveau hebben afgespeeld. Daarna komen de initiatieven van de Commissie aan de orde.

4.2.1. VERDRAGSONTWIKKELINGEN MET BETREKKING TOT DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

Het Verdrag van Amsterdam introduceerde art. 16 EG, dat, zoals reeds gezegd, de lidstaten en de EG opdraagt ervoor te zorgen dat diensten van algemeen economisch belang naar behoren functioneren. Net zoals de be-

sproken communautaire sectorwetgeving weerspiegelt deze bepaling dat diensten van algemeen economisch belang lidstaten en instellingen van de EG verplichtingen kunnen opleggen. Het verdrag voor een Europese Grondwet¹²⁴ bevatte in art. III-122 een bepaling die de Gemeenschap expliciet machtigde regelgeving op te stellen op het terrein van diensten van algemeen economisch belang. Zoals bekend, heeft dit verdrag het niet gehaald. Tijdens de top van 21 en 22 juni 2007¹²⁵ is de Europese Raad overeengekomen om de bestaande verdragen (EU-Verdrag en EG-Verdrag) te wijzigen.¹²⁶ Afsproken is aan deze verdragen een Protocol toe te voegen dat bepaalt dat de bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale overheden zo veel mogelijk wordt gerespecteerd en dat de behoefte aan deze diensten varieert al naar gelang de geografische, sociale en culturele omstandigheden. Voorts wordt uitdrukkelijk gesteld dat de verdragen niet de bevoegdheid van de lidstaten aantast om diensten van algemeen economisch belang aan te wijzen, te verlenen en te organiseren. Dit protocol ademt duidelijk een andere geest dan de bepaling over diensten van algemeen economisch belang uit het Grondwettelijk Verdrag. Wat echter opvalt, is dat het Protocol ook een aantal eisen noemt waaraan diensten van algemeen economisch belang moeten voldoen. Zij moeten een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid, beschikbaarheid en gelijke behandeling garanderen, alsmede de universele toegang en consumentenrechten bevorderen. Deze eisen lijken niet alleen op gespannen voet te staan met het uitgangspunt dat de bevoegdheden van de lidstaten niet mogen worden beïnvloed, maar ook een zekere consensus te weerspiegelen. Blijkbaar zijn de verdragsluitende partijen het erover eens dat een dienst van algemeen economisch belang aan de genoemde criteria moet voldoen. Daarmee wordt naar mijn mening een basis gelegd voor een gemeenschappelijke benadering van de problematiek van de diensten van algemeen economisch belang! Mijns inziens kan daarom niet worden uitgesloten dat, ondanks het ontbreken van een op deze diensten toegesneden rechtsgrondslag, de Gemeenschapswetgever bevoegd is regels op dit terrein vast te stellen. Niet uit het oog mag worden verloren dat een andersluidende conclusie de hierboven behandelde bepalingen inzake diensten van algemeen economisch belang uit sectorale communautaire wetgeving op losse schroeven zet. Verdragsartikelen waarop communautaire wetgeving voor diensten van algemeen economisch belang zou kunnen worden gebaseerd, zijn onder meer art. 86 lid 3 EG, art. 95 EG en/of art. 308.

122 T. Prosser, 'Competition and Public Services: From Single Market to Citizenship?', *European Public Law* 2005, p. 558.

123 Zie par. 5.1 van de paper *Services of general economic interest and universal service obligations as an EU law framework for curative health care*, van W. Sauter. (Deze paper verschijnt binnenkort als TILEC paper.)

124 *PbEU* 2004 C 310/1.

125 Conclusie van de Voorzitter van de Europese Raad van 21 en 22 juni 2007, nr. 11177/07.

126 Een opmerkelijke 'cosmetische' wijziging is dat de naam van het EG-Verdrag getransformeerd wordt tot het Verdrag op de werking van de EU.

In dit verband moet er nog op gewezen worden dat art. 36 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie¹²⁷ de importantie van diensten van algemeen economisch belang onderstreept. Dit is niet zonder belang nu het de bedoeling is dat dit handvest door het Hervormingsverdrag, zoals overeengekomen tijdens de top van de Europese Raad van 21 en 22 juni 2007, algemeen verbindend wordt verklaard.¹²⁸

4.2.2. INITIATIEVEN VAN DE COMMISSIE

Aan de ene kant bestaat er op Gemeenschapsniveau reeds wetgeving die voor bepaalde sectoren de problematiek van de diensten van algemeen economisch belang regelt. Aan de andere kant hebben er op verdragsniveau ontwikkelingen plaatsgevonden die het belang van deze diensten onderstrepen. Dit roept de vraag op of de tijd rijp is voor een Kaderrichtlijn voor diensten van algemeen economisch belang. Tot nu toe heeft de Commissie het echter nog niet aangedurfd om een voorstel voor zo'n Kaderrichtlijn te doen. Wel is er specifieke regelgeving voor steun en openbardienstverplichtingen tot stand gekomen. Deze regelgeving wordt hieronder behandeld in de paragraaf die over steun gaat. Daarnaast heeft de Commissie *soft law* vastgesteld, waarin de problematiek van diensten van algemeen economisch belang in algemene zin wordt besproken.

Zo publiceerde de Commissie in 2001 de Mededeling over diensten van algemeen belang in Europa.¹²⁹ Deze mededeling verschafte reeds een aantal algemene beginselen volgens welke diensten van algemeen economisch belang zouden moeten worden aangeboden. Het gaat hier om beginselen met betrekking tot duidelijke definities, transparantie en de vrijheid van keuze van diensten en aanbieders. Ook de Europese Raad benadrukte tijdens de top van Laken in 2001 de importantie van diensten van algemeen (economisch) belang en riep de Commissie op om bepaalde maatregelen te nemen.¹³⁰

Erg ambitieus was het Groenboek over diensten van algemeen belang¹³¹ van de Commissie. Een belangrijk thema in dit Groenboek was de ontwikkeling van algemene beginselen voor dergelijke diensten.¹³² De Commissie bouwde hier voort op de ervaringen van de Gemeenschap in de geliberaliseerde sectoren en de (hierboven besproken) regelgeving voor deze sectoren. Het Groenboek bevat dan ook een aantal beginselen die ook reeds in deze communautaire wetgeving zijn vastgelegd: de verlening van universele diensten, het vereiste van continuïteit, eisen betreffende kwaliteit, betaalbaarheid en consumentenbescherming. Benadrukt werd echter dat het aan de lidstaten is om de diensten van algemeen economisch belang aan te wijzen. Desalniettemin werd de vraag gesteld of de Gemeenschap voor deze diensten een kaderrichtlijn zou moeten vaststellen.¹³³

Het ambitieniveau dat het Groenboek uitademde, leidde tot veel verzet bij de lidstaten. Over de kwestie in hoeverre er een Kaderrichtlijn voor diensten van algemeen economisch belang diende te worden vastgesteld, werd verschillend gedacht.¹³⁴

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de Commissie in het Witboek over diensten van algemeen belang¹³⁵ van 2004 een pas op de plaats maakte. De Commissie deelde

mee dat op korte termijn geen kaderrichtlijn zou worden voorgesteld. Benadrukt werd evenwel dat diensten van algemeen economisch belang een centrale rol spelen in het Gemeenschapsrecht en dat daarom ook op Gemeenschapsniveau beginselen moeten worden ontwikkeld. De tenuitvoerlegging van deze beginselen dient echter plaats te vinden op *nationaal niveau*. Verder benadrukte het Witboek dat rekening moet worden gehouden met de specifieke eigenschappen van sociale diensten en gezondheidsdiensten. Naar mijn mening erkent de Commissie met deze opvatting impliciet dat het concept diensten van algemeen economisch belang ook op ander marktfalen kan worden toegepast dan alleen de problemen van *cherry picking* (zie over deze problematiek paragraaf 3 van deze bijdrage). De problemen waarmee de sectoren van de sociale diensten en gezondheidsdiensten worden geconfronteerd, houden immers verband met marktfalen als adverse selectie¹³⁶ en informatieproblemen.¹³⁷

Naar aanleiding van het Witboek heeft de Commissie in 2006 de Mededeling over Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie¹³⁸ gepubliceerd en een consultatieprocedure op het terrein van zorgdiensten¹³⁹ gestart.

Afgezien van de hierna te bespreken problematiek van compensatie voor openbardienstverplichtingen hebben de initiatieven van de Commissie nog niet geleid tot regelgeving. Er zijn echter wel verschillende documenten van *soft law* gepubliceerd. Deze documenten laten een evolutieproces zien, waarin het concept van diensten van algemeen economisch belang niet langer alleen verbonden is met de vraag naar de verenigbaarheid van een bepaalde nationale maatregel met de Europese regels voor vrij verkeer en mededinging, maar ook met de volgende notie: diensten van algemeen economisch

¹²⁷ PbEG 2000 C 364/1.

¹²⁸ Zie randnummer 9 van het IGC-2007-mandaat van 26 juni 2007, nr. 11218/07.

¹²⁹ PbEG 2001 C 17/4.

¹³⁰ Zie het Verslag van de Europese Raad van Laken over Diensten van Algemeen belang van 17 oktober 2001, COM(2001)598 definitief.

¹³¹ COM(2003)270 definitief.

¹³² Zie T. Posser, *The Limits of Competition Law, Markets and Public Services*, Oxford: 2005, p. 168.

¹³³ Zie randnummer 9 t/m 12 Groenboek.

¹³⁴ Verslag van de publieke raadpleging over het Groenboek over diensten van algemeen belang, SEC(2004)326, p. 13-15.

¹³⁵ COM(2004)374 definitief.

¹³⁶ Adverse selectie in de zorg werkt bijvoorbeeld als volgt. Indien de ziektekostenpremies voor een ieder gelijk zijn, dan zullen de mensen met een laag gezondheidsrisico minder geneigd zijn zich te verzekeren dan mensen met een hoog gezondheidsrisico. Uiteindelijk zal alleen de laatste groep mensen bereid zijn een ziektekostenverzekering te kopen, hetgeen deze verzekering erg duur maakt. Vanwege het gevaar van adverse selectie is het voor ziektekostenverzekeraars verleidelijk om alleen de mensen met een laag gezondheidsrisico een (gunstige) verzekering aan te bieden. Er wordt, met andere woorden, op risico geselecteerd. Zie over adverse selectie onder meer T.S. Jost, 'Private or Public Approaches to Insuring the Uninsured: Lessons from International Experience with Private Insurance', *New York University Review* 2001, p. 472 e.v.

¹³⁷ Er is onder meer sprake van informatieproblemen indien het voor afnemers niet mogelijk is om de kwaliteit van de diensten of goederen in kwestie te beoordelen.

¹³⁸ COM(2006)177.

¹³⁹ Mededeling van de Commissie van 26 september 2006: Raadpleging over communautaire maatregelen op het gebied van gezondheidsdiensten, SEC(2006)1195/4.

belang worden geacht essentieel te zijn voor burgers van de EU en daarom houden zij nauw verband met het Europese burgerschap.¹⁴⁰

5. Staatssteun, diensten van algemeen economisch belang en openbaredienstverplichtingen

Aangezien de uitvoering van diensten van algemeen economisch belang vaak wordt gefinancierd door overheden, moet bij de analyse van deze diensten ook het staatssteunregime betrokken worden. Daar de organisaties die diensten van algemeen economisch belang uitvoeren, beschouwd moeten worden als ondernemingen, vallen aan hen verleende financiële voordelen onder de reikwijdte van art. 87 en 88 EG. Op grond van deze verdragsbepalingen dienen concurrentiebeperkende steunmaatregelen bij de Commissie te worden aangemeld. Zoals bekend, kunnen dergelijke maatregelen die niet zijn aangemeld, worden teruggevorderd door de Commissie¹⁴¹ en de nationale rechter¹⁴² op grond van de *stand still*-bepaling van art. 88 lid 3 EG. Het staatssteunregime brengt derhalve voor sectoren waarin diensten van algemeen economisch belang een belangrijke rol spelen, een groot risico mee, indien de verantwoordelijke overheidsinstanties zich te weinig bewust zijn van de toepasselijkheid van het staatssteunregime.

5.1. De 'Altmark-benadering'

In zijn rechtspraak heeft het Hof echter rekening gehouden met deze omstandigheid door in het kader van art. 87 en 88 EG te werken met het begrip openbaredienstverplichting. Uit recente rechtspraak van het Hof volgt dat aan bepaalde ondernemingen toegekende financiële voordelen die noodzakelijk zijn voor de realisering van een taak van algemeen belang, geen steun is in de zin van art. 87 lid 1 EG. In de zaak Altmark¹⁴³ werd het arrest Ferring¹⁴⁴ bevestigd, waarin bepaald was dat financiële voordelen, aan bedrijven toegekend bij wijze van compensatie van de kosten voor de uitvoering van een openbaredienstverplichting, niet onder het verbod van art. 87 lid 1 EG vallen. In beginsel accepteert het Hof derhalve dat de lidstaten de financiering van een speciale taak niet aanmelden bij de Commissie. De constructie waarvoor het Hof kiest, is dat er geen sprake is van een financieel voordeel, omdat tegenover de toegekende compensatie een tegenprestatie staat.¹⁴⁵ Daardoor heeft de toegekende prestatie niet als gevolg dat de concurrentie met andere ondernemingen wordt verstoord. Het grote voordeel voor de lidstaten van de benadering die het Hof in Altmark ontwikkeld heeft, is dat financiële compensaties die verleend zijn in verband met bepaalde openbaredienstverplichtingen, niet hoeven te worden genotificeerd bij de Commissie.

Naar mijn mening bestaat er, zoals reeds opgemerkt is in paragraaf 2.1.4, onmiskenbaar een zeer nauwe band tussen de openbaredienstverplichting en dienst van algemeen economisch belang. Het gaat immers in beide gevallen om een speciale opdracht van publieke aard die de overheid aan een onderneming opdraagt. Deze twee begrippen hebben daarom veel overlap.

Het is echter niet zo dat het Hof de uitvoering van een openbaredienstverplichting beschouwt als een vrijbrief om financiële voordelen toe te kennen aan met speciale taken belaste ondernemingen. Een belangrijke toevoeging in de Altmark-uitspraak ten opzichte van de benadering, ontwikkeld in de zaak Ferring, is dat er aan een viertal voorwaarden moet zijn voldaan voor de niet-toepasselijkheid van het staatsregime: 1. de desbetreffende onderneming is belast met de uitvoering van een duidelijk omschreven openbaredienstverplichting, 2. de parameters van de hoogte van de compensatie worden op een objectieve en transparante wijze vastgesteld, 3. de compensatie is niet hoger dan noodzakelijk en 4. wanneer er geen sprake is geweest van een openbare aanbesteding, moet het bedrag van de compensatie berekend worden aan de hand van de kosten die een gemiddelde onderneming zou hebben gemaakt.

In de praktijk is lang niet altijd aan deze criteria voldaan, wat betekent dat steunmaatregelen die verband houden met diensten van algemeen economisch belang, nog steeds moeten worden aangemeld. In de procedure bij de Commissie kan dan vervolgens een beroep gedaan worden op art. 86 lid 2 EG. Een goed voorbeeld is de zaak over het risicovereveningssysteem van het Nederlandse zorgstelsel. Met betrekking tot dit systeem heeft de Commissie een beschikking genomen.¹⁴⁶ Volgens de Commissie zijn de compensaties die het Zorgverzekeringsfonds uitbetaalt, staatssteun.¹⁴⁷ Dit fonds wordt voor het merendeel gefinancierd door inkomensafhankelijke bijdragen van werkgevers die hiertoe krachtens de Nederlandse zorgwetgeving verplicht zijn. De gelden die op deze wijze terechtkomen bij het overheidsorgaan dat het Zorgverzekeringsfonds beheert, worden vervolgens weer verdeeld. De reden dat er geen sprake was van een financiële compensatie voor een openbaredienstverplichting in de zin van het arrest Altmark was met name dat volgens de Commissie niet aan het laatste criterium van dit arrest was voldaan.¹⁴⁸ Deze Gemeen-

¹⁴⁰ Zie Posser, a.w., p. 171.

¹⁴¹ Verordening (EG) nr. 659/99 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 93 EG-Verdrag, *PbEG* 1999 L 83/1 (met name art. 14).

¹⁴² Zie bijvoorbeeld zaak C-39/94, *La Poste*, *Jur.* 1996, p. I-3547.

¹⁴³ Zaak C-280/00, *Altmark*, *Jur.* 2003, p. I-7747.

¹⁴⁴ Zaak C-53/00, *Ferring*, *Jur.* 2001, p. I-9067.

¹⁴⁵ Zie r.o. 87 van het arrest Altmark.

¹⁴⁶ Zie beschikking van de Commissie betreffende de steunmaatregelen nr. N541/2004 en N542/2004 – COM(2005)1329 fin.

¹⁴⁷ De Commissie oordeelde echter dat het behoud van de reserves door de Nederlandse ziekenfondsen voor een gedeelte geen staatssteun opleverde. Voor zover deze reserves waren terug te voeren op winsten ten gevolge van concurrentie op premies, is er geen sprake van staatssteun. Het gedeelte van de reserves die verband hielden met kapitaalinjecties van overheidswege uit het verleden in de ziekenfondsen, moet daarentegen wel degelijk beschouwd worden als staatssteun.

¹⁴⁸ De benadering van de Commissie wijkt af van die uit de zaak *British United Provident Association* (beschikking van de Commissie van 15 mei 2003 in zaak N 46/2003, *Ireland Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market*). In deze zaak oordeelde de Commissie dat compensaties die in het kader van een risicovereveningssysteem aan een zorgverzekeraar werden toegekend, geen steunmaatregelen inhielden. De Commissie baseerde haar oordeel in deze zaak echter alleen op het arrest Ferring, daar Altmark ten tijde van het nemen van de beschikking nog niet was geweest. Overigens is tegen deze beschikking beroep aangetekend bij het Gerecht (zaak T-289/03, *PbEU* 2003 C 264/32).

schapsinstelling wees erop dat alle verzekeraars compensatie ontvangen van het Zorgverzekeringsfonds, ongeacht hoe efficiënt ze zijn.¹⁴⁹ De Commissie wijst erop dat het risicovereveningssysteem de risico's en niet de kosten compenseert. De werkwijze van de Commissie illustreert dat ook in het 'post-Altmark-tijdperk' art. 86 lid 2 EG nog steeds van belang is voor de toepassing van het staatssteunregime op diensten van algemeen economisch belang. Zoals reeds opgemerkt, heeft de Commissie in deze beschikking geaccepteerd dat een open groep van ondernemingen met diensten van algemeen economisch belang kan worden belast. In deze zaak wordt namelijk aangenomen dat alle zorgverzekeraars in Nederland belast zijn met een taak van algemeen economisch belang.

Overigens is, zoals reeds is opgemerkt, de uitkomst van deze zaak nog niet zeker, daar tegen de beschikking van de Commissie beroep is aangetekend.¹⁵⁰ Het Gerecht en wellicht het Hof krijgen in de toekomst dus gelegenheid om meer duidelijkheid te geven over de toepassing van de 'Altmark-criteria'.

5.2. *Gemeenschapsregelgeving op het terrein van steun, diensten van algemeen economisch belang en openbare dienstverplichtingen*

Na het arrest Altmark is op Gemeenschapsniveau initiatief genomen om regels voor de compensatie van openbare dienstverplichtingen vast te stellen. Om te beginnen moet hier gewezen worden op de verhouding tussen deze compensatie en de Dienstenrichtlijn.

Zoals al aan de orde is geweest, bepaalt art. 1 lid 3 Dienstenrichtlijn dat zij geen afbreuk doet aan de financiering van de diensten van algemeen economisch belang. In de eerste plaats betekent dit dat naar mijn mening dat de Altmark-rechtspraak niet aangetast wordt door deze Gemeenschapsregeling. Er dient wel op gewezen te worden dat de richtlijn hier gebruikmaakt van de term diensten van algemeen economisch belang en niet van het in de jurisprudentie ontwikkelde begrip openbare dienstverplichting. Zoals echter al uiteengezet is, bestaan tussen beide concepten veel overeenkomsten, omdat het in beide gevallen gaat om door een overheidsorgaan opgedragen taak. Naar mijn mening zou zelfs betoogd kunnen worden dat de openbare dienstverplichting volledig binnen de grenzen van het concept dienst van algemeen economisch belang valt. Het eerste Altmark-criterium behelst immers het belast zijn van de onderneming met een duidelijk omschreven speciale taak. Dit geldt ook voor de diensten van algemeen economisch belang in de zin van art. 86 lid 2 EG. Deze laatste categorie is alleen breder, omdat de andere drie Altmark-criteria in het kader van deze verdragsbepaling niet van toepassing zijn.¹⁵¹ Kortom, de openbare dienstverplichting is een deelverzameling van de dienst van algemeen economisch belang. Derhalve zijn, ook nadat de omzettingstermijn van de Dienstenrichtlijn is verstreken, overheidscompensaties voor de uitvoering van openbare dienstverplichtingen die voldoen aan de condities van het arrest Altmark, geoorloofd in het Europese recht. Naar mijn mening geldt in de tweede plaats ook dat aan compensaties die wel moeten worden aangemeld,

maar gerechtvaardigd kunnen worden door art. 86 lid 2 EG, geen afbreuk wordt gedaan door de Dienstenrichtlijn. Art. 1 lid 3 van deze richtlijn verwijst immers expliciet naar hetzelfde begrip als art. 86 lid 2 EG: diensten van algemeen economisch belang.

Al met al is de conclusie gerechtvaardigd dat de financiering van diensten van algemeen economisch belang ook onder het regime van de Dienstenrichtlijn nog steeds beheerst wordt door de Altmark-rechtspraak van het Hof en de hieronder aan te halen maatregelen die de Commissie naar aanleiding van deze uitspraak heeft genomen.¹⁵² Zodra echter een bepaalde specifieke taak krachtens het Gemeenschapsrecht geen aanspraak kan maken op het predikaat 'dienst van algemeen economisch belang', is de richtlijn wel onverkort van toepassing op de financiering ervan. Indien een lidstaat wil dat de bekostiging van een bepaalde taak niet doorkruist wordt door de Dienstenrichtlijn, is het van belang dat hij deze taak in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof over art. 86 lid 2 EG toewijst aan een onderneming. Het verdient dan aanbeveling deze toewijzing te realiseren in de vorm van een wettelijk voorschrift of besluit van een overheidsorgaan.¹⁵³

Naar aanleiding van het Altmark-arrest heeft de Commissie een aantal maatregelen vastgesteld. In het kader van het Actieplan Staatssteun,¹⁵⁴ waarin de Commissie een ingrijpende wijziging van het staatssteunregime (onder andere de introductie van de economische benadering van de toetsing van staatssteun) aankondigde, werd reeds melding van deze maatregelen gemaakt. De Commissie heeft in Beschikking 2005/842/EG¹⁵⁵ aangegeven in welke gevallen compensaties verleend aan bepaalde ondernemingen, waaronder ziekenhuizen en woningbouwcorporaties, vrijgesteld zijn van het staats-

¹⁴⁹ De Commissie noemt deze laatste voorwaarde van het Altmark-arrest de efficiëntie voorwaarde.

¹⁵⁰ Dit beroep staat ingeschreven als zaak T-84/06, zo volgt uit *PbEU* 2006 C 108/27.

¹⁵¹ Uiteraard speelt bij art. 86 lid 2 EG het proportionaliteitsbeginsel een cruciale rol. Alleen is deze ingevuld aan de hand van de benadering van de economische aanvaardbare omstandigheden en niet aan de hand van het (strikttere) vereiste dat de nationale maatregel niet verder mag gaan dan noodzakelijk (derde conditie uit Altmark).

¹⁵² Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2005 C 297/4 en Beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van art. 86 lid 2 EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, *PbEU* 2005 L 312/67.

¹⁵³ Zie verder par. 3 van dit preadvies.

¹⁵⁴ *Actieplan Staatssteun. Minder en gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009)*, COM(2005) 107 def.

¹⁵⁵ Beschikking 2005/842/EG van de Commissie betreffende de toepassing van art. 86 lid 2 EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, *PbEU* 2005 L 312/67.

steunverbod van art. 87 lid 1 EG.¹⁵⁶ Daarnaast heeft de Commissie een kaderregeling¹⁵⁷ vastgesteld waarin zij aangeeft onder welke condities zij bereid is om steun voor diensten van algemeen economisch belang goed te keuren op grond van art. 86 lid 2 EG. Daarnaast is ook met het oog op deze problematiek de Transparantierichtlijn¹⁵⁸ aangepast.

6. Conclusies

In de Dienstenrichtlijn zijn verschillende verwijzingen en bepalingen over diensten van algemeen economisch belang opgenomen. Helaas ligt aan deze verwijzingen en bepalingen geen duidelijke visie ten grondslag. Zoals reeds aangetoond is, heeft de Dienstenrichtlijn als consequentie dat het vestigingsregime van deze Gemeenschapsregeling voor de diensten van algemeen economisch belang strenger van karakter is dan het richtlijnregime inzake het (tijdelijk) vrije dienstenverkeer en het algemene verdragsregime. Dit strookt niet met de algemene opzet van de richtlijn, die de lidstaten ten aanzien van vestiging juist meer armslag geeft dan met betrekking tot het vrije dienstenverkeer. Een ander opvallend element van de Dienstenrichtlijn is dat deze Gemeenschapsregeling ervan uit lijkt te gaan dat diensten van algemeen economisch belang alleen diensten in de zin van art. 50 EG omvatten, terwijl uit de systematiek van het EG-Verdrag en de uitgangspunten van de rechtspraak blijkt dat ook de levering van bepaalde goederen zich kan kwalificeren als diensten van algemeen economisch belang. Naar mijn mening zou in wezen de term 'taak van algemeen economisch belang' meer op zijn plaats zijn dan de term 'dienst van algemeen economisch belang'.

Niet betoogd kan echter worden dat in andere communautaire regelingen geen meer coherente benadering van de problematiek van de diensten van algemeen economisch belang aanwezig is. Uit de Gemeenschapsregelingen voor liberalisering van diverse netwerksectoren, bepaalde verdragsontwikkelingen en een aantal instrumenten van *soft law* van de Commissie blijkt dat zich wel degelijk zo'n benadering aan het ontwikkelen is. Het concept diensten van algemeen economisch belang blijkt een dubbele functie te krijgen. Naast de mogelijkheid voor de lidstaten van derogatie van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer, mededinging en staatssteun, legt dit concept ook bepaalde verplichtingen op. Het gaat hier om verplichtingen op het gebied van voorzienings- en leveringszekerheid, regelmaat, beschikbaarheid tegen een redelijke prijs, universele toegang en kwaliteit.

De rechtspraak heeft zich vooral geconcentreerd op de functie van de diensten van algemeen economisch belang als derogatiemogelijkheid. Het gaat hier om de vraag hoe art. 86 lid 2 EG dient te worden geïnterpreteerd. Door het proportionaliteitsbeginsel dat in het kader van deze bepaling moet worden toegepast, in te vullen aan de hand van de test van de economisch aanvaardbare omstandigheden, heeft het Hof de lidstaten een niet-geringe ruimte gegeven om van de Europese regels voor de interne markt en de mededinging af te wijken met het oog op de diensten van algemeen economisch belang. De jurisprudentie van het Hof is evenwel vooral tot

ontwikkeling gekomen in netwerksectoren en om het marktprobleem van *cherry picking* op te lossen. Onduidelijk is in hoeverre ander marktfalen een reden kan zijn om art. 86 lid 2 EG toe te passen. Overigens moet in dit verband worden opgemerkt dat het Nederlandse equivalent van deze verdragsbepaling op het terrein van dominantie, art. 25 Mw, helaas is vormgegeven als ontheffingsmogelijkheid. Ingewikkelde juridische puzzels kunnen worden voorkomen indien dit artikel, evenals art. 11 Mw (de bepaling voor diensten van algemeen economisch belang bij kartels), wordt getransformeerd tot een wettelijke vrijstelling.

Uit het bovenstaande leid ik af dat er op Europees niveau behoefte bestaat aan een algemene regeling voor diensten van algemeen economisch belang. Naar mijn mening is de Dienstenrichtlijn hiervoor niet het juiste instrument. Het concept van diensten van algemeen economisch belang blijkt moeilijk in te passen in deze richtlijn, terwijl dit concept niet alleen diensten in de zin van art. 50 EG behelst, maar ook goederen. Het voordeel van een algemene regeling is voorts dat de verschillende benaderingen uit de sectorale wetgeving samengebracht kunnen worden.

Toegegeven moet worden dat er bij een aantal lidstaten verzet bestaat tegen zoiets als een Kaderrichtlijn voor diensten van algemeen economisch belang.¹⁵⁹ Aan de andere kant heeft het totstandkomingsproces van de Dienstenrichtlijn laten zien dat er bij de lidstaten (en andere actoren) een toenemende zorg bestaat voor de sterke liberaliseringstendens in het Gemeenschapsrecht. Een Kaderrichtlijn voor diensten van algemeen economisch belang¹⁶⁰ zou de Gemeenschapsinstellingen en de lidstaten in staat stellen om een goede balans te vinden tussen het liberaliseringsstreven en de interne markt enerzijds en het algemeen belang anderzijds.¹⁶¹ Het voordeel van een dergelijke richtlijn is dat aan nationale wetgeving, waarin vaak het algemeen belang is geregeld, op Gemeenschapsniveau een onderbouwing wordt gegeven tegenover de communautaire regels die aan de markt georiënteerd zijn. Al met al zou zo'n Gemeenschapsregeling goed passen in de ratio die ten grondslag ligt aan art. 16 EG, welke bepaling de Gemeenschapsinstellingen en de lidstaten opdraagt zorg te dragen voor het goede functioneren van de diensten van algemeen

¹⁵⁶ Zie voor een toepassing van deze beschikking: zaak T/167/04, *Asklepios Klinken*, 11 juli 2007, n.n.g. De kern van deze zaak betrof evenwel uiteindelijk een procedurele kwestie, namelijk de vraag of de Commissie binnen een redelijke termijn op een klacht had gereageerd.

¹⁵⁷ Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2005 C 297/4.

¹⁵⁸ Zie Richtlijn 2005/81/EG tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2005 L 312/47.

¹⁵⁹ Vergelijk in dit verband B.J. Drijber, 'Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling', *SEW* 2007, 129, p. 263.

¹⁶⁰ Zie voor een voorbeeld van een dergelijke richtlijn het voorstel voor een Kaderrichtlijn Diensten van algemeen economisch belang van de PSE op: <http://www.socialistgroup.eu/gpes/positiondetail.do?lg=en&id=24762&site=msp>.

¹⁶¹ Zie voor een vergelijkbare redenering voor de balans tussen de interne markt en het zorgstelsel: E. Mossialos & M. McKee, *EU Law and the Social Character of Health Care*, Brussel: 2002, p. 28-41.

economisch belang. Naar mijn mening is een eerste begin al gemaakt, nu de Commissie regelingen voor de financiële compensatie voor de uitvoering van openbare dienstverplichtingen in het leven heeft geroepen.

De Kaderrichtlijn voor diensten van algemeen economisch belang zou in etappes tot stand kunnen komen. Allereerst zou een dergelijke richtlijn meer duidelijkheid kunnen verschaffen over de functie van de diensten van algemeen economisch belang om te kunnen afwijken van de communautaire marktregels. Aangegeven zou dan kunnen worden welke andere marktproblemen dan *cherry picking* aanleiding tot een dergelijk afwijken zouden kunnen geven. In een eerste fase zou de regeling zich, met andere woorden, alleen richten op de derogatiemogelijkheid van de diensten van algemeen economisch belang. Vervolgens zou in een tweede fase, mede in het licht van de ervaringen die zich in bepaalde sectorale Gemeenschapswetgeving hebben voorgedaan, de Kaderrichtlijn voor de lidstaten een meer verplichtend karakter kunnen krijgen. In navolging van deze sectorale regeling zou in de Kaderrichtlijn vastgelegd kunnen worden aan welke eisen (bijvoorbeeld leveringszekerheid, universele toegang en beschikbaarheid tegen een redelijke prijs) diensten van algemeen economisch belang (ten minste) moeten voldoen. Ook zou, zoals thans reeds het geval is bij bijvoorbeeld de Elektriciteitsrichtlijn, kunnen worden bepaald welke taken in ieder geval beschouwd dienen te worden als diensten van algemeen economisch belang. Uiteraard kunnen deze taken op het niveau van de lidstaten ten uitvoer worden gelegd. Naar mijn mening verdient het evenwel aanbeveling om op

termijn op Gemeenschapsniveau te streven naar overeenstemming over een 'minimumpakket aan bijzondere taken van algemeen economisch belang'. Het voordeel van een dergelijk streven is dat zo verder vormgegeven wordt aan de sociaal-economische dimensie van de EU.¹⁶²

Dit preadvies wil ik afsluiten met de volgende stellingen.

1. De term 'dienst van algemeen economisch belang' zou vervangen moeten worden door de term 'taak van algemeen economisch belang'. Deze terminologie kan inconsistenties voorkomen, zoals die thans voorkomen in de Dienstenrichtlijn, waarin per abuis bepalingen over de levering van goederen van algemeen belang zijn opgenomen.
2. Voor de diensten van algemeen economisch belang betekenen de systematiek van de Dienstenrichtlijn en vooral art. 9 van deze richtlijn een stap terug ten opzichte van de vaste rechtspraak van het Hof sinds het arrest Corbeau. De ruimere test van 'economisch aanvaardbare omstandigheden' wordt immers vervangen door de meer stringente test van het minst beperkende alternatief.
3. Art. 25 Mw moet, evenals art. 86 lid 2 EG, worden vormgegeven als wettelijke uitzonderingsgrond.
4. Het verdient aanbeveling dat de Gemeenschapswetgever een Kaderrichtlijn voor diensten van algemeen economisch belang in het leven roept. In eerste instantie bevat deze regeling vooral bepalingen met betrekking tot de derogatiefunctie van de diensten van algemeen economisch belang. In een latere fase legt de Kaderrichtlijn aan lidstaten ook verplichtingen op met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang.

¹⁶² Vergelijk in dit verband ook M. Ross, 'Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition?', *CML Rev.* 2007, p. 1075-1080.